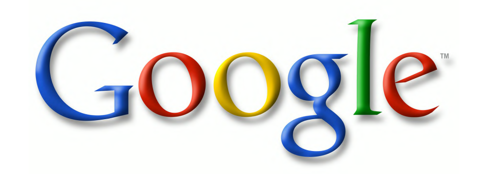


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

3 2044 056 966 898

Digitized by Google



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

BELGIUM.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

2239 110



COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN FRANCE ET EN BELGIQUE

PAR

E. R. N. ARNTZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE

DEUXIÈME ÉDITION

TOME QUATRIÈME

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS
A. MARESCQ, AINÉ, ÉDITEUR
RUE SOUFFLOT, 20.

1880

Digitized by Google

Digitized by Google

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Digitized by Google

Les formalités voulues par la loi pour assurer la propriété de cet ouvrage ont été remplies.
Droits de traduction et de reproduction réservés.

Bruxelles. — Typ Bruylant-Christophe & Cie, rue Blaes, 33

Digitized by Google

COURS

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN **FRANCE** ET EN **BELGIQUE**

PAR

E. R. N. ARNTZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE

DEUXIÈME ÉDITION

TOME QUATRIÈME

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS
A. MARESCQ, AINÉ, ÉDITEUR
RUE SOUFFLOT, 20.

1880


Digitized by Google

Fortx
A

Digitized by Google

COURS
DE
DROIT CIVIL FRANÇAIS.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE VIII.

DU CONTRAT DE LOUAGE. (Art. 1708-1831.)

SOURCES DE CE TITRE.

1117. Ce titre a pour source le droit romain et le *Traité du contrat de louage* de Pothier, à l'exception des règles sur le *bail à cheptel,* qui ont été puisées dans le droit coutumier.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES. (Art. 1708-1712.)

NOTION ET DIVERSES ESPÈCES DE LOUAGE.

1118. Le louage (*locatio conductio*) est un contrat par lequel l'un des contractants (le bailleur ou locateur, *locator*) s'oblige à faire jouir l'autre (le locataire ou preneur, *conductor*) de l'usage d'une chose pendant un certain temps ou à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix que ce dernier s'oblige à lui payer (art. 1709, 1710).

Digitized by Google

Par dérogation au droit romain, le code exige que la jouissance ne dure *qu'un certain temps*. La durée même de ce temps peut être fixée d'une manière *certaine* ou *incertaine*, par exemple pour la vie d'un homme, ou même au delà, ou jusqu'à ce qu'il convienne au bailleur de mettre fin au bail (Aix, 14 février 1872, D., 1873, 2, 93); mais elle ne peut jamais être perpétuelle; ce serait une aliénation. Toutefois, il est défendu de contracter un bail de choses pour un terme excédant 99 ans (décret des 18-29 décembre 1790; loi belge du 10 janvier 1824, art. 2). Le bail contracté pour un terme plus long ou à perpétuité n'est pas nul, mais il est réductible; aucun des contractants n'est obligé de l'exécuter après 99 ans. (Gand, 15 juillet 1865, P. 1865, 306.)

1119. Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des *choses* et celui d'*ouvrage*.

Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières. On appelle *bail à loyer* le louage des maisons et celui des meubles; *bail à ferme*, celui des héritages ruraux; *loyer*, le louage du travail ou du service; *bail à cheptel*, celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie. Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage d'ouvrage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait (art. 1708-1711).

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES. (Art. 1713-1778.)

SECTION PREMIÈRE.

RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX.

1. CONDITIONS REQUISES.

A. *Quant à la chose et au prix.*

1120. On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles (art. 1713, et *suprà*, t. III, n° 32). Le contrat de louage

Digitized by Google

a pour objet l'*usage* de la chose; on peut dire que c'est *la vente de l'usage* de la chose pour un certain temps. Le bailleur ou locateur ne transmet pas au locataire la propriété ni même la possession de la chose, mais seulement la détention avec le droit de s'en servir et sous l'obligation de la lui rendre après s'en être servi.

De là il suit que l'on ne peut pas louer les choses qui se *consomment* par l'usage, par exemple, de l'huile, des denrées, de l'argent. Une location de ces objets constituerait un prêt à intérêt. Cependant, on pourrait convenir que ces choses seraient rendues identiquement les mêmes, qu'elles ne seraient pas consommées (*locatio ad ostentationem, ad pompam*). Alors le contrat serait un louage.

1121. On peut prendre à loyer *sa propre chose,* lorsque l'on n'a pas sur elle l'exercice de tous les droits résultant de la pleine propriété, soit par suite d'un droit réel, soit par suite d'un droit personnel établi en faveur d'un tiers. Par exemple, après avoir donné à bail ma maison, je puis y prendre en location un appartement; ou bien, je puis prendre à bail ma ferme, si un autre en a l'usufruit. Mais je ne puis pas prendre en location une chose sur laquelle j'ai la plénitude des droits de propriété et de jouissance.

1122. On peut valablement donner à loyer la chose d'autrui, lorsqu'on a soi-même le droit d'usage de cette chose, par suite d'un droit réel ou d'un droit personnel; par exemple, l'usufruitier peut louer la chose soumise à l'usufruit, le locataire peut sous-louer.

1123. Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers (art. 1712). Les règles sur la location de ces biens font partie du droit public et administratif.

1124. Le *prix* de la location doit consister en *argent*. Les règles sur le prix de la vente s'appliquent aussi au louage. (Voy. *suprà,* t. III, nos 959-963.)

B. *Quant aux personnes.*

1125. La location n'étant pas un acte *d'aliénation*, il n'est pas nécessaire d'être *propriétaire* de la chose que l'on veut donner à

Digitized by Google

loyer. La location est un acte d'administration. En général, ceux qui ont qualité pour administrer une chose peuvent aussi la louer.

Toutefois, malgré le caractère juridique différent du louage, il peut, *de fait,* constituer une aliénation, lorsque le bail est à *longues* années. Le législateur considère les baux dépassant le terme de neuf années comme une espèce d'*aliénation,* et les interdit aux personnes qui ont seulement la capacité d'*administrer,* et qui n'ont pas celle d'*aliéner :* au mineur émancipé (art. 481), au tuteur (art. 1718), à l'usufruitier (art. 595), au mari à l'égard des biens personnels de sa femme (art. 1429, 1430). Il est interdit à ces personnes de louer indirectement pour un terme de plus de neuf années, en renouvelant le bail longtemps *avant* l'expiration du premier. (Voy. t. I, n°s 733, 771 et t. III, n°s 666, 667.)

La nullité résultant de la violation de ces règles ne peut pas être opposée par le preneur.

1126. Le propriétaire par indivis ne peut pas donner à bail la chose dont il n'est propriétaire qu'en partie, à moins qu'il n'ait agi comme *negotiorum gestor* pour les autres. (Cass. fr., 4 juin 1844; Liége, 23 mai 1869, P. 1870, 358.)

1127. Les personnes énumérées dans l'article 1596 ne peuvent pas prendre à loyer les biens dont il leur est défendu de se rendre adjudicataires. (Voy. *suprà,* t. III, n°s 938-940.)

Il y a exception pour le tuteur. (Voy. t. I, n° 743.)

C. *Quant à la forme et au consentement.*

1128. De même que la vente, le louage est un contrat *consensuel;* il est parfait par le seul consentement, et n'exige aucune forme extrinsèque pour sa validité; on peut donc louer ou par écrit ou verbalement (art. 1714). (Voy. *suprà,* t. III, n° 15 et la note.)

II. DE LA PREUVE DU BAIL (art. 1715, 1716).

1129. La preuve des baux se fait conformément aux règles générales sur la preuve des obligations, sauf les exceptions relatives à la preuve testimoniale.

Si le bail fait sans écrit n'a *encore reçu aucune exécution,* et que

Digitized by Google

l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail (art. 1715). Cette disposition s'applique aussi à la contestation sur la durée et sur le prix du bail. (Liége, 8 juin 1878, P., 1878, 244.)

Cette règle, que le tribun Jaubert (discours au Corps législatif, n° 4) appelle une *innovation*, mais qui, au témoignage de Toullier, était anciennement suivie par l'usage à Paris, a pour but de prévenir de ruineux procès sur des objets d'une valeur modique, qui naîtraient en grand nombre si la preuve testimoniale était admise en cette matière. (Locré, XIV, 456; Toullier, IX, n° 32.) L'interrogatoire sur faits et articles est permis dans le cas où il s'agit d'établir l'existence d'un bail verbal dont l'exécution n'a pas commencé. (Cass. fr., 12 janvier 1864, D., 1864, 1, 142; Jug. trib. Bruxelles, 10 juin 1868, B. J., t. 26, 820.)

La règle de l'article s'applique au bail non exécuté, fait *sans écrit;* il ne s'applique donc pas au cas où le bail a été fait par écrit, ni au cas où il y a un *commencement de preuve par écrit.* S'il y a un commencement de preuve par écrit, il faut appliquer la règle de l'article 1347 (*suprà,* t. III, n°s 391, 392), quelle que soit la valeur du bail, et sans distinction qu'il ait reçu un commencement d'exécution ou non. (Bruxelles, 13 janvier, 10 avril et 27 juillet 1863, P., 1863, 281, 335 et 346; Liége, 31 janvier 1872, P., 1872, 114; Liége, 21 janvier 1874, P., 1874, 87; Cass. fr., 1er août 1867, D., 1873, 5, 301. *Contrà :* Rennes, 2 mai 1871, D., 1873, 5, 302; Cass. fr., 19 février 1873, D., 1874, 1, 265.)

1130. Lorsque l'*exécution du bail a commencé,* il faut distinguer sur quel point porte la contestation :

1° S'il y a contestation sur *le prix,* et qu'il n'existe point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré (art. 1716).

Le bailleur sera cru sur son serment, parce que le locataire s'est fié à sa bonne foi en entrant en jouissance sans avoir réglé le prix par écrit;

Digitized by Google

2° Si la contestation porte sur un *autre* point que le prix, par exemple sur la durée, ou sur une autre condition, on applique les principes généraux sur la preuve testimoniale. (Bruxelles, 27 juillet 1863, voy. *suprà*, n° 1129, et 1er août 1865, P., 1867, 181.) Donc :

a. Si la valeur du bail *n'excède pas* 150 *francs*, on peut prouver par témoins le point contesté. La valeur du bail se détermine d'après la somme des loyers réunis pendant toute la durée du bail.

b. Si la valeur du bail *excède* 150 *francs*, la preuve testimoniale est inadmissible, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit. (Bruxelles, 13 janvier 1863, B. J., t. 21, 273; Nancy, 3 août 1871, D., 1872, 2, 150.)

1131. Peut-on prouver par témoins le fait même de l'exécution?

Il faut distinguer :

Le fait matériel même qui constitue un acte d'exécution peut être prouvé par témoins; mais on ne peut pas prouver par témoins le rapport de ce fait avec le bail. On ne peut pas prouver que ce fait est un *commencement d'exécution* du bail. Car ce serait prouver par témoins l'*existence même du bail*. (Bruxelles, 30 mars 1863, P., 1863, 177; Cass. fr., 12 janvier 1864, D., 1864, 1, 142.)

III. DES EFFETS DU BAIL.

A. *Pour le bailleur*.

1132. De même que le vendeur, le bailleur est soumis, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, à deux obligations principales : 1° la délivrance; 2° la garantie contre l'*éviction* et la garantie des *vices* et *défauts* de la chose.

1. DE LA DÉLIVRANCE.

1133. Le bailleur doit délivrer la chose au lieu et au temps convenus, et avec tous ses accessoires (art. 1720). Le locataire n'a pas droit à la jouissance des accessoires qui surviennent à la chose après le bail, par exemple l'alluvion.

Digitized by Google

Il doit mettre le locataire à même de jouir de la chose et lever les obstacles que des tiers pourraient apporter à la délivrance, même par des voies de fait. Il doit délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce et capable de servir à l'usage auquel elle est destinée (art. 1719, 1720, 1721).

Les termes *réparations de toute espèce* doivent être entendus selon l'intention commune des parties. Ce sont les réparations nécessaires pour que la chose puisse servir convenablement à l'usage auquel elle est destinée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une maison, « le locataire doit être tenu clos et couvert », selon l'ancien proverbe. (Loysel, n° 475.)

2. DE LA GARANTIE.

1134. On peut diviser la garantie en *garantie de fait* et *garantie de droit*.

1135. 1. *De la garantie de fait*. Cette garantie consiste dans l'obligation de faire jouir le preneur de la chose pendant toute la durée du bail, et d'empêcher que la jouissance ne soit troublée par un obstacle provenant des vices ou du mauvais état de la chose.

Le bailleur doit donc, *pendant toute la durée* du bail, entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et y faire toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives (art. 1719, n° 2; 1720, alin. 2).

1136. Quant à la *responsabilité* qui résulte de cette garantie, il faut distinguer entre les *vices et défauts mêmes* de la chose et les *pertes* résultant de ces vices et défauts.

a. Des vices et défauts mêmes de la chose. Le bailleur doit garantie non-seulement des vices existants au moment du bail, mais aussi de ceux qui surviennent pendant sa durée (art. 1721, 1719, n° 2). Quant au point de savoir s'il répond des vices qui rendent l'usage de la chose moins commode, il faut distinguer encore :

1° Le bailleur peut réparer le vice; il doit le faire quel qu'il soit (Alger, 10 juillet 1868, D., 1869, 2, 29; Cass. fr., 3 janvier 1877, D., 1877, 1, 103);

2° S'il ne dépend pas du bailleur de faire disparaître le vice, le preneur, suivant l'importance de l'inconvénient, peut demander

Digitized by Google

la résolution du contrat. (Bordeaux, 25 août 1870, D., 1873, 2, 157; Liége, 13 avril 1878, P., 1878, 306.) C'est une question de fait. Le bailleur répond même des vices et défauts qu'il n'a pas connus lors du contrat (art. 1721, alin. 1); mais il ne répond pas des vices apparents. (Lyon, 6 juin, 1873, D., 1874, 2, 109.) Le locataire est censé les avoir connus, et avoir pris la chose en cet état, sauf le cas de dol, si le bailleur a caché les vices (arg. art. 1641,1 642).

1137. *b.* Des *pertes* résultant des vices ou défauts de la chose louée. Il faut distinguer :

1° Le bailleur a connu ces vices : il doit indemniser le locataire de *toutes* les pertes qu'il a éprouvées par ces vices; car il est en dol (art. 1721, 1645, 1150, 1151 ; *suprà,* t. III, nos 75-77);

2° Il n'a pas connu les vices. Il y a controverse. Suivant quelques auteurs, le bailleur est responsable, parce que la loi ne distingue pas, comme dans le cas des articles 1645 et 1646, et parce que celui qui loue une chose pour un usage convenu doit savoir si elle y est propre, et garantir non-seulement cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter. (Zachariæ, § 366, note 8; Colmet de Santerre, t. 7, n° 167 *bis*, I et II; Laurent, XXV, n° 122; Cass. fr., 21 janvier 1873, D., 1873, 1, 263; Aix, 5 janvier 1877, D., 1878, 2, 94; Paris, 7 février 1877, D., 1877, 2, 88.) D'autres jurisconsultes appliquent au louage la règle que l'article 1646 établit sur la responsabilité des vices rédhibitoires en matière de vente. (Duranton, n° 63; Troplong, n° 194; *suprà,* t. III, n° 1011; Gand, 30 janv. 1874, P., 1874, 155 et la note.) La première opinion est juste, car l'article 1721 n'est qu'une application d'un principe plus général énoncé dans les articles 1146 et 1147. Pour être exempt de la responsabilité des pertes, il ne suffit pas que le bailleur ait *ignoré* les vices de la chose; il faut encore que cette ignorance ne puisse pas être *imputée à fraude.* (Fr. 19, § 5, D., *locati*, 19,2.)

C'est par les mêmes principes qu'il faut décider la question de savoir si le bailleur est tenu d'indemniser le locataire des pertes résultant des vices survenus à la chose pendant la durée du bail.

Si un vice survenu est causé par cas fortuit et qu'il soit assez grave pour que le locataire résilie le bail, le bailleur ne peut pas demander de loyer, mais il n'est pas tenu des pertes qui en ré-

Digitized by Google

sultent (arg. art. 1722). Cette disposition s'applique à tout événement qui a empêché le locataire d'avoir la jouissance de la chose, par exemple, à un siége par l'ennemi. (Paris, 23 déc. 1871, D. 1871, 2, 225.) Si le bailleur est en faute, par exemple s'il a prévu ou dû prévoir le vice, il est tenu même des pertes qui en résultent. (Troplong, n° 201.)

1138. 2. *De la garantie de droit.* Le bailleur est obligé de faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée pendant toute la durée du bail (art. 1719, alin. 3). Cette obligation comprend les points suivants :

a. Le bailleur lui-même doit s'abstenir de tout fait qui troublerait la jouissance du locataire. Ainsi, il ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée (art. 1723). Toutefois, il peut entrer de temps en temps dans la chose louée, pour en examiner l'état et faire les réparations nécessaires et urgentes, et le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. Mais, si ces réparations durent *plus de quarante jours*, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé (art. 1724). Cette dernière disposition était suivie par l'usage du Châtelet de Paris. (Pothier, *Louage*, n° 77.)

La loi n'admet pas d'indemnité pour une privation de jouissance qui n'a duré que peu de jours, ou qui n'a causé au locataire qu'une incommodité légère; car c'est une chose censée prévue lors du bail, qu'il pourrait survenir des réparations à faire, et le locataire est censé s'être soumis à en supporter l'inconvénient. (Pothier, n° 77; rapport au Tribunat, n° 8, Locré, XIV, 426.)

Si les réparations ont duré plus de quarante jours, le premier peut demander une indemnité, même pour *les quarante premiers jours*. Cette opinion a pour elle le texte de la loi et la raison; car, s'il ne devait l'indemnité que pour le nombre de jours excédant quarante, il n'aurait pas le même intérêt à terminer promptement les travaux et à délivrer le locataire de l'incommodité. (Colmet de Santerre, t. 7, n° 170 *bis*, III.) Troplong, n° 253, n'admet l'indemnité que pour l'excédant des quarante jours.

Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa

Digitized by Google

famille, celui-ci pourra faire résilier le bail (art. 1724, alin. 3).

1139. *b.* Le bailleur doit au preneur *garantie contre l'éviction,* c'est-à-dire contre les droits de propriété ou de jouissance qu'un tiers prétendrait avoir sur la chose louée.

Si le locataire et le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire (art. 1726). Cette disposition est incomplète. Car, suivant l'analogie de la vente, il faut décider que le locataire a aussi droit aux dommages-intérêts, d'après les distinctions établies aux articles 1630-1635, et qu'il peut même demander la résiliation du contrat, s'il y a lieu (arg. art. 1636, 1638 et *suprà,* t. III, nos 1004-1005). Le droit aux dommages-intérêts cesse, dans les mêmes cas où l'acheteur ne peut pas les réclamer.

Le droit du locataire à la diminution du prix et aux dommages-intérêts est subordonné à la condition d'avoir dénoncé les poursuites au bailleur.

Si ceux qui ont commis les voies de fait prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède (art. 1727).

Les termes : *doit appeler en garantie,* dans l'article 1727, ne sont pas tout à fait exacts; ils sont synonymes de *dénoncer les poursuites.* Car il est possible que l'*action* intentée par le tiers n'apporte aucun trouble à la jouissance du locataire, de sorte qu'il n'y a pas encore lieu à une véritable *garantie,* ni à un appel en garantie, puisque le locataire n'est pas en cause.

1140 Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs *aucun droit sur la chose louée;* sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel (art. 1725). Cette règle est applicable, même lorsque les auteurs du trouble sont inconnus ou insolvables.

Digitized by Google

Le bailleur n'est pas tenu de *garantir* du trouble de fait apporté par un tiers, c'est-à-dire il ne doit pas de *dommages-intérêts* à raison de ce trouble.

Mais le preneur ne peut-il pas demander soit une diminution du prix, soit la résolution du bail, si, par le fait du tiers, la jouissance a été empêchée ou est empêchée pour l'avenir? On doit le décider affirmativement, en suivant le principe de l'article 1722. Car le fait du tiers, même imputable à son auteur, est un cas fortuit pour celui qui en est frappé, d'après les principes du droit romain. (Paris, 5 avril 1873, D., 1874, 5, 314; Nancy, 7 juin 1873, D., 1874, 2, 159.) Ainsi, le bail est résilié si un tiers a incendié la maison louée. (Pothier, n° 81; Colmet de Santerre, t. 7, n° 171 *bis*, II.)

La rédaction primitive de l'article 1725 était conçue en ce sens; car l'article finissait par les mots : *et à demander même, s'il y a lieu, une diminution de prix*. Sur l'observation du conseiller d'Etat Lacuée, que la rédaction contenait une contradiction, et sur celle de Tronchet, qu'il n'est dû diminution du prix qu'en cas de destruction de la récolte par force majeure, telle que la guerre, ces derniers mots furent retranchés (Locré, XIV, 317 et 340). Mais l'esprit de la loi, tel qu'il se manifeste par l'article 1722, et les principes doivent prévaloir sur quelques opinions individuelles.

B. *Pour le locataire.*

1141. 1° Le locataire doit payer le prix du bail aux termes convenus, conformément aux principes généraux sur le payement (art. 1728, n° 2). Si le terme n'est pas fixé, il doit payer à la fin du bail, ou aux époques fixées par l'usage des lieux (art. 1135).

Le locataire n'est pas tenu des charges qui peuvent être imposées sur la chose, sauf stipulation contraire ou disposition formelle de la loi.

1142. 2° Il doit user de la chose louée en *bon père de famille*, ET *suivant la destination* qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention (art. 1728, alin. 1). (Brux., 8 août 1878, B. J., t. 36, 1425.)

Digitized by Google

User de la chose en *bon père de famille* et en user suivant sa *destination*, ce sont deux obligations différentes, qu'il importe de ne pas confondre. Car le locataire peut user de la chose en bon père de famille, tout en l'employant à un autre usage qu'à celui auquel elle était destinée, par exemple s'il faisait d'une maison de commerce une habitation de particulier. Dans ce cas, la loi donne au bailleur le droit de demander la résiliation du contrat, avec dommages-intérêts (art. 1729).

De même, on peut mal user d'une chose, tout en l'employant à l'usage auquel elle est destinée.

User de la chose louée n'est pas seulement un droit, mais aussi une *obligation* du locataire. Ainsi, toutes les fois que le non-usage constitue un abus de la chose, le bailleur peut demander des dommages-intérêts ou la résiliation du contrat, par exemple si le locataire ferme un magasin, ou si le cultivateur laisse les terres en friche.

1143. 3° A la fin du bail, il doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue. Pour l'exécution de cette obligation, il doit employer tous les soins d'un bon père de famille, et il répond de toute faute. Il n'est libéré de cette obligation que lorsque l'exécution en est devenue impossible par cas fortuit ou force majeure. Mais comme le locataire a le droit d'user de la chose conformément à sa destination, il n'est pas responsable des detériorations qui sont l'effet de l'usage même (art. 1730-1734).

1144. Plusieurs conséquences découlent des règles énoncées sous le numéro précédent :

a. Le locataire doit veiller à la conservation de la chose louée.

En vertu de cette obligation, il doit avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds et des prétentions que des tiers pourraient former sur le fonds (art. 1727, 1768 et arg. de l'art. 614), et il répond des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison et de ses sous-locataires (art. 1735). (Gand, 31 juillet 1872, P., 1872, 395.)

La disposition générale de l'article 1735 reproduit l'ancienne jurisprudence, qui s'était écartée du droit romain, d'après lequel le locataire n'était tenu des faits des personnes qu'il avait reçues

Digitized by Google

dans sa maison que dans le cas où il aurait été en faute lui-même en recevant chez lui des domestiques ou des hôtes d'un caractère peu sûr. (Pothier, n° 193.)

b. Comme le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de *toute espèce* (art. 1720, alin. 1), le locataire est *présumé* avoir reçu la chose en bon état *de réparations* LOCATIVES, et il doit la rendre telle. Toutefois, cette présomption n'est qu'une *præsumptio juris, non de jure;* elle cède à la preuve contraire. La présomption ne s'étend pas *au delà* des réparations *locatives* (art. 1731, 1754). Séance du conseil d'Etat du 9 nivôse an XII, n° 30 (Locré, XIV, p. 345). Ainsi, si à la fin du bail, le bailleur prétend que la chose louée était, *sous d'autres rapports*, dans un état meilleur que celui dans lequel le preneur veut la rendre, c'est à *lui* de prouver ce fait (art. 1315). (*Contrà :* Brux., 8 juin 1863, P., 1864, 200, qui impose au locataire la preuve que la chose était en mauvais état.)

c. S'il a été fait un état des lieux, cet état sert de base pour fixer l'obligation du locataire, et celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue (art. 1730).

d. L'objet de la restitution étant fixé, soit par la présomption de l'article 1731, soit par l'état des lieux (art. 1730), le locataire doit rendre la chose dans l'état dans lequel il l'a reçue. Il peut se décharger de son obligation en prouvant que les pertes ou détériorations sont arrivées ou par force majeure, ou par vétusté, ou par l'usage même; ou bien en prouvant d'une manière générale qu'il a apporté à la garde et à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, et que les pertes sont arrivées *sans sa faute* (art. 1730, 1732). Les dégradations sont arrivées *sans la faute* du locataire lorsqu'elles sont le résultat de l'usage *régulier* qu'il a fait de la chose, ou de la vétusté. (Cass. fr., 3 janvier 1877, D., 1877, 1, 103.)

1145. Suivant la doctrine de la plupart des jurisconsultes, règle indiquée sous le litt. *d.* du numéro précédent souffre une restriction lorsque l'objet du bail est un *bâtiment* et qu'il a été détruit ou détérioré par un *incendie ;* alors pour être déchargé de sa responsabilité, il ne suffit pas que le locataire prouve que l'incendie a eu lieu *sans sa faute;* mais il faut qu'il prouve *positivement* que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure,

Digitized by Google

ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine (art. 1733); cette disposition est restrictive, et le locataire ne peut, par *aucun autre moyen*, prouver qu'il y a absence de faute de sa part.

Nous croyons que la disposition de l'article 1733 ne renferme rien d'exceptionnel, et que c'est simplement une application des principes généraux à un cas particulier, spécialement prévu à cause de sa fréquence.

Le locataire est, en vertu de son contrat, obligé de *rendre* la chose; cette obligation ne cesse que lorsqu'il prouve que l'impossibilité de la rendre est arrivée *sans* sa faute. (*Suprà*, t. III, nos 61, 62.)

1146. L'absence de toute faute est sans doute prouvée lorsque le locataire a établi que l'incendie est arrivé par cas fortuit, par exemple le feu du ciel, ou par force majeure, par exemple par les troupes ennemies en cas de guerre, ou par un vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. Mais ces moyens de justification sont-ils les *seuls*, ainsi qu'on le soutient généralement? En d'autres termes, ne faut-il pas appliquer la règle générale que le locataire est relevé de l'obligation de rendre la chose si la restitution est devenue impossible sans sa faute, règle proclamée formellement dans les articles 1302 et 1732? L'article 1733 n'est-il qu'une application énonciative à un des cas les plus fréquents, ou bien le législateur a-t-il eu l'intention de déroger aux règles du droit commun, en limitant les moyens de justification du locataire?

Nous croyons que l'article 1733 n'est qu'une *application* et non une *exception* des principes généraux, et voici les motifs de notre opinion :

1° Le *texte* de la loi. L'article 1733, qui suit immédiatement la proclamation du principe général, n'indique par aucun mot limitatif qu'il veut *déroger* à la règle précédente, ou y porter une *exception*. Au surplus, on peut comprendre sous les mots *cas fortuit* toutes les causes d'incendie qui ne sont pas *imputables* au locataire.

2° La raison. Si le législateur avait en réalité et en termes non équivoques fait une exception à la règle générale, on serait embarrassé d'en donner la raison. Pourquoi placer le locataire en

Digitized by Google

dehors du droit commun? Pourquoi le traiter autrement que tout autre débiteur d'un corps certain et déterminé? Nous ne devons donc pas admettre une exception qui n'est pas formellement admise par la loi et que nous ne saurions justifier.

3° Si les auteurs du code eussent eu l'intention d'apporter un changement aux principes généraux, on en trouverait sans doute quelque trace dans les travaux préparatoires. Or, rien de semblable ne s'y rencontre. Au contraire, nous y voyons la preuve que le législateur a voulu appliquer les principes généraux au cas dont il s'agit.

L'article 1733 est puisé dans Pothier, n° 194, qui, en appliquant la règle générale à la responsabilité du locataire, dit : « C'est pourquoi il est tenu de rétablir la maison incendiée, à moins qu'il ne justifie que l'incendie est arrivé *par un cas fortuit*, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine, où il avait commencé. » L'article 1733 n'est pas plus limitatif que Pothier. Les quelques mots prononcés au conseil d'État prouvent encore que l'on n'a pas voulu s'écarter des principes. Defermon dit que l'article 44 (1733) et l'article 42 (1732) imposent au preneur une obligation à laquelle il lui sera difficile de satisfaire. Comment pourra-t-il prouver que l'*événement est arrivé sans sa faute?* Tronchet répond que des preuves de cette nature se tirent des circonstances; qu'au surplus on ne pose ici que la *règle générale*. (Séance du conseil d'État, du 9 nivôse an XII, n° 32, Locré, t. XIV, 345.)

En présence du principe de l'article 1732, l'article 1733 était même superflu, et, si le législateur a jugé utile de prévoir spécialement ce cas d'application, c'est parce qu'anciennement il y avait une assez vive controverse sur le point de savoir si, en cas d'incendie, le bailleur, pour pouvoir recourir contre le preneur, devait prouver que l'accident provenait de la faute du preneur, ou bien, si ce dernier était responsable, à moins qu'il ne prouvât le cas fortuit. Il est évident que cette question était mal posée, et que ceux qui la soulevaient perdaient de vue que le locataire était, en vertu de son contrat, tenu à rendre la chose, à moins qu'il ne prouvât le cas fortuit qui l'en empêchait. Mais enfin, la controverse existait et le législateur a voulu la trancher. Il l'a résolue conformément aux principes généraux. (Jaubert, dis-

Digitized by Google

cours au Corps législatif, n° 5, Locré, XIV, 457 ; voy. en ce sens, Colmet de Santerre, t. 7, n° 179 *bis*, VI, VII; Laurent, t. XXV, n° 279; Bruxelles, 2 mars 1863, B. J., t. 21, 1171; Liége, 23 mai 1868, B. J., t. 26, 1154 et la note; P., 1868, 263; Gand, 12 décembre 1878, B. J., t. 37, 190; P., 1879, 72 et la note; Rouen 12 avril 1870, D., 1872, 2, 23; Nancy, 21 mai 1873, D., 1874, 5, 318; Besançon, 2 juin 1873, D., 1873, 2, 136.)

C'est pour le même motif que l'article 1733 s'applique à l'usufruitier; car celui-ci est obligé de restituer la chose au propriétaire ou de prouver qu'elle a péri sans sa faute.

1147. Selon plusieurs auteurs, l'article 1733 n'est pas applicable aux cas où des tiers intentent contre le locataire d'un bâtiment une action en dommages-intérêts pour dégâts causés par l'incendie, par exemple les propriétaires voisins, dont les propriétés ont été endommagées par l'incendie, ou si un des locataires du même bâtiment veut agir contre l'autre, par le motif que ces actions sont fondées non pas sur un *contrat* renfermant l'obligation de restituer, mais sur l'article 1382. Le bailleur, dit-on, demande contre le locataire l'exécution d'un contrat, et c'est à ce dernier de prouver que l'inexécution de l'obligation ne provient pas de sa faute; mais les autres actions étant fondées sur l'article 1382 (la *lex Aquilia*), il faut que les demandeurs prouvent que le dommage provient de la faute du locataire, donc que l'incendie a été causé par sa faute. (Troplong, *Louage*, n° 365; *suprà*, t. III, n°s 475-476; Bruxelles, 2 novembre 1868, B. J, t. 27, 33.)

Cette doctrine est erronée. Car, lorsqu'il est constaté que le feu provenant d'un bâtiment a causé du dommage au bâtiment voisin, il est établi qu'un dommage a été causé par le bâtiment incendié, donc par une chose que celui qui en est propriétaire ou détenteur avait sous sa garde, donc qu'un fait illicite a été commis. L'auteur du fait illégal ou illicite est en faute, *par cela seul* que le fait s'est passé, à moins qu'il ne prouve que le fait ne lui est pas imputable. C'est donc à lui qu'incombe la preuve que le dommage est arrivé sans sa faute.

1148. S'il y a plusieurs locataires, tous sont *solidairement* responsables de l'incendie; à moins qu'ils ne prouvent que l'in-

Digitized by Google

cendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-ci seul en est tenu; ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus (art. 1734).

Le législateur, en décrétant cette règle, a décidé une ancienne controverse. Beaucoup de jurisconsultes, et parmi eux, Pothier, n° 194, prétendaient que si l'incendie éclate dans une maison louée à plusieurs, aucun des locataires n'est tenu de dédommager le propriétaire, parce que, à cause de l'incertitude, la présomption de faute ne s'élève contre aucun d'eux. D'autres pensaient que, dans ce cas, *tous* les locataires devaient être solidairement garants. Le code a consacré cette dernière doctrine. « C'est aux locataires de se surveiller mutuellement, surtout désormais, au moyen de l'avertissement que la loi leur donne ici », dit Mouricault, dans le rapport au Tribunat, n° 9. (Locré, XIV, 429.)

Si l'opinion de Pothier et de ses partisans est sujette à critique, la règle adoptée par le code ne l'est pas moins. Elle est tout à fait exorbitante du droit commun, en imposant aux locataires, qui n'ont aucun lien entre eux, l'*obligation solidaire* de restituer au propriétaire *plus* qu'ils n'étaient tenus de restituer d'après le contrat. Si le bâtiment a été consumé par l'incendie, chacun des locataires est tenu, non-seulement de la *partie* du bâtiment qu'il avait louée et qu'il aurait dû remettre intacte au propriétaire, mais de la *totalité* du bâtiment. D'après les règles du droit commun, le propriétaire ne pourrait agir, en vertu du contrat, contre chacun des locataires en réparation du dommage, que pour la partie par lui louée; quant aux autres parties, son action contre les locataires qui ne les auraient pas occupées devrait être fondée, non sur le contrat, mais sur l'article 1382, ce serait l'action *legis Aquiliæ*.

1149. La dette solidaire se divise entre les locataires; celui qui a payé a son recours contre les autres (art. 1213 et *suprà*, t. III, n°s 132 et 133. Chacun d'eux est tenu *par portion virile*, et non pas en proportion du montant de sa location, comparé au montant de la location des autres. (Colmet de Santerre, t.7, n° 180 *bis*, IV et V; Colmar, 2 février 1870, D., 1871, 2, 100).

1150. Les articles 1733 et 1734 sont-ils applicables lorsque le bailleur occupe lui-même une partie du bâtiment?

Digitized by Google

Il faut distinguer :

1° L'article 1733 continue d'être applicable, c'est-à-dire chaque locataire répond de l'incendie et de la perte que l'incendie a causée *dans la partie du bâtiment qu'il a louée*, à moins qu'il ne fasse les preuves indiquées dans cet article. Car c'est le droit commun ; tout locataire doit restituer la chose louée, à moins qu'il ne prouve qu'elle a péri par cas fortuit. (Limoges, 9 juin 1877, D., 1878, 2, 33.)

Quelques décisions judiciaires vont plus loin, en déclarant qu'alors toute présomption de faute venant à cesser, le propriétaire ne peut actionner les locataires en indemnité qu'en prouvant ou que l'incendie est le résultat de leur faute, ou que le feu n'a pas commencé dans une partie du bâtiment occupée par lui. (Grenoble, 20 mai 1872, D., 1874, 2, 215 ; Paris, 2 déc. 1872, D., 1874, 5, 318 ; Bruxelles, 19 déc. 1876, B. J., t. 36, 1372.) Cette manière de voir a été réfutée *suprà*, sous le n° 1145.

2° Mais, quant à l'application de l'article 1734, il faut distinguer encore :

A. Il y a incertitude complète sur l'endroit où le feu a commencé. La disposition exorbitante de l'article 1734, fondée sur ce que l'incendie a *certainement* éclaté chez *l'un des locataires*, vient à cesser ; car l'incendie peut avoir commencé tout aussi bien chez le bailleur. Il n'y a donc plus de solidarité. Chacun est responsable de la partie qu'il a louée, conformément à l'article 1733 ;

B. Le bailleur a prouvé que l'incendie n'a pu commencer chez lui. Alors il a son recours solidaire contre les autres, mais seulement *pour les parties occupées par tous les locataires*, et non pas pour les localités qu'il a occupées lui-même.

Troplong, n° 380, est d'accord ; mais, selon lui, dans le second cas, les locataires seraient responsables de la *totalité* du bâtiment, donc aussi de la partie occupée par le bailleur. (Voy. en ce sens, Cass. fr., 15 mars 1876, D., 1876, 1, 153.)

C. *De la sous-location et de la cession du bail* (art. 1717).

1151. Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.

Digitized by Google

Elle peut être interdite pour le tout ou pour partie. Cette clause est toujours de rigueur (art. 1717). Le bailleur peut renoncer à cette prohibition, et sa renonciation peut être prouvée par une enquête appuyée sur un commencement de preuve par écrit. (Cass. fr., 23 mars 1870, D., 1871, 1, 235; Cass. belge, 6 juillet 1876, P., 1876, 368.)

La défense de sous-louer emporte celle de céder le bail; la défense de céder le bail emporte celle de sous-louer. La défense de sous-louer *en général* n'implique pas la défense de sous-louer *en partie*. (Brux., 17 juin 1821, et 13 août 1866, P., 1866, 382). La résiliation pour violation de cette clause peut être demandée par le bailleur, quand même la sous-location aurait cessé, que les choses seraient remises dans leur état antérieur, et que le bailleur n'aurait éprouvé aucun préjudice. (Bruxelles, 27 mars 1866, B. J., t. 24, 547; P., 1867, 41.)

1152. L'article 1717 dit : *Cette clause est toujours de rigueur.* Par ces mots, le code a voulu proscrire l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle les clauses prohibitives de la sous-location étaient interprétées avec beaucoup de faveur pour le locataire. On ne l'observait sévèrement que dans les baux des biens ruraux. Mais dans les baux de maisons, on n'admettait le propriétaire à demander la résiliation du contrat que lorsque le locataire avait, contrairement à la convention, sous-loué la *totalité* de la maison. On admettait aussi que, lorsqu'il était convenu que le locataire ne pourrait sous-louer sans le consentement du propriétaire, celui-ci ne pourrait refuser son consentement si un sous-locataire convenable (*persona idonea*) lui était présenté.

La défense de sous-louer ne peut pas être opposée aux créanciers du locataire qui veulent user de la faculté que leur accorde l'article 2102, alin. 1 du code civil (loi hyp. belge, art. 20, n° 1).

1153. Bien que le sous-locataire n'ait pas contracté avec le propriétaire ou le bailleur principal, il est tenu envers celui-ci, mais seulement jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements faits par anticipation. Les payements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne

Digitized by Google

sont pas réputés faits par anticipation (art. 1753). (Cass. fr., 2 juillet 1873, D., 1873, 1, 412.) Cette disposition, quoique placée dans la section qui contient les règles particulières aux baux *à loyer*, s'applique aussi aux baux des biens ruraux; l'article 820 du code de procédure le prouve. Le bailleur principal a le privilége de l'article 2102, n° 1, du code, ou de l'article 20, n° 1, de la loi hypothécaire **belge** sur les meubles du sous-locataire, jusqu'à concurrence du prix de la sous-location. (Duranton, n° 160.) Le bailleur originaire peut agir *directement* contre le sous-locataire jusqu'à concurrence du prix de la sous-location. Il agit en vertu d'un *droit propre*, qu'il tire de ce que ses lieux sont occupés par le sous-locataire; il n'agit pas seulement comme faisant valoir les droits de *son locataire*, en vertu de l'article 1166. Il s'ensuit que le bailleur perçoit le prix de la sous-location jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû par le locataire, à l'exclusion de tous les autres créanciers du locataire principal. (Duranton, n° 161.) Mais le sous-locataire peut opposer les payements *faits sans fraude* (code de proc., art. 820). La fraude n'est pas présumée; c'est au bailleur principal de la prouver, s'il prétend qu'il en existe. Les quittances faites sous seing privé par le sous-bailleur au sous-locataire peuvent être opposées au bailleur originaire. (Troplong, n°s 541-543.)

Si la sous-location était verbale ou sans date certaine, le bailleur principal pourrait, au besoin, provoquer une expertise pour en fixer le prix (arg. art. 1716).

1154. Si le locataire principal ne paye pas le loyer, tandis que le sous-locataire paye le sien, le propriétaire peut-il demander la résiliation contre le sous-locataire comme contre le locataire principal? Les auteurs sont divisés sur cette question. Elle doit être résolue affirmativement, par les raisons indiquées *infrà*, n° 1157. En cas de résiliation du bail, la sous-location cesse de *plein droit*, quand même le sous-locataire n'aurait pas figuré dans l'instance contre le locataire. (Bruxelles, 11 janvier 1865, B. J., t. 23, 933; P. 1866, 247; Troplong, n°s 544-547.)

1155. Différences entre la sous-location et la cession du bail:

1° La *sous-location* est un nouveau bail entre le locataire (ou sous-bailleur) et le sous-locataire. Elle est régie par toutes les règles sur le contrat de louage. Elle ne change rien aux rapports

Digitized by Google

d'obligation existant entre le premier bailleur et son locataire, mais elle établit une nouvelle obligation, indépendante de celle-ci, entre le locataire et le sous-locataire ;

2° Le sous-locataire peut invoquer, contre le sous-bailleur, l'article 1720 (*suprà*, nos 1133, 1135) ;

3° Le sous bailleur a, contre le sous-locataire, le privilége de l'article 2102, n° 1, du code (20, n° 1, de la loi hypothécaire belge).

4° Les clauses du bail originaire sont choses tierces pour le sous-locataire, et ne peuvent lui être opposées ni être invoquées par lui.

La *cession du bail* ne constitue pas une *location nouvelle*. C'est la transmission des *droits* du locataire à une autre personne. Elle est régie par les principes généraux sur la cession des créances et doit, par conséquent, être notifiée au débiteur cédé, c'est-à-dire au propriétaire. (Paris, 24 janvier 1873, D., 1874, 2, 140.) Le locataire cédant continue d'être tenu de toutes ses obligations envers le bailleur. (Paris, 10 juillet 1875, D., 1878, 2, 105)

Quant au rapport entre le bailleur et le cessionnaire, ce dernier *entre dans tous les droits quelconques du locataire*, et il peut les poursuivre *directement* contre le bailleur en vertu *de la cession*, tandis que le sous-locataire ne se trouve dans aucun rapport de droit avec le bailleur. Le cessionnaire, comme tel, n'a aucune obligation envers le bailleur, qui ne peut réclamer contre lui le loyer, qu'en qualité d'occupant et pendant la durée de sa jouissance. Le cessionnaire n'est plus tenu du loyer lorsque, à son tour, il a rétrocédé le bail. (Paris, 29 février 1876 et 7 février 1877, D., 1877, 2, 224 et 1878, 2, 105; Cass. fr., 19 juin 1876, D., 1877, 1, 57.)

Quant au rapport entre le locataire cédant et le cessionnaire du bail, il n'est pas régi par les principes sur le louage, mais par les règles sur la *cession*. Il s'ensuit que le cessionnaire ne peut pas exiger que le cédant lui délivre la chose en bon état de réparations de toute espèce, mais seulement qu'il lui délivre la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la cession. Il s'ensuit encore que le locataire cédant n'a pas, pour le prix de la cession, le privilége du bailleur établi par l'article 2102, alin. 1 (loi hypothécaire belge, art. 20, n° 1).

Digitized by Google

IV. COMMENT LE CONTRAT DE LOUAGE PREND FIN.

1156. Le contrat de louage finit : 1° lorsque la chose a péri, ou si elle n'est plus propre à l'usage auquel elle est destinée, n'importe par quelle cause, si c'est par cas fortuit, par un acte de l'autorité ou autrement ; le contrat finit faute d'un objet, mais sauf les dommages-intérêts dans le cas où la perte est arrivée par la faute de l'une des parties. (Cass. fr., 9 novembre 1869, D., 1874, 5, 319 ; Cologne, 22 juillet 1859, B. J., t. 19, 722 ; Bruxelles, 2 mars 1863, B. J., t. 21, 1171, et 8 août 1878, B. J., t. 36, 1425, P., 1879, 9 ; Rouen, 19 juin 1874, D., 1875, 2, 191.)

Si la chose n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation du bail. Le preneur a cette option, quand même le bailleur préférerait résilier le bail. Toutefois, si, par suite d'un fait non imputable au bailleur, la chose louée se trouvait détruite presque entièrement et dans sa partie essentielle, et si les travaux de reconstruction nécessitaient des dépenses hors de proportion avec leur utilité, le locataire n'aurait pas cette option et le bail serait résilié de droit ; la destruction devrait alors être considérée comme totale. (Douai, 31 mai 1852, D., 1853, 2, 226 ; Bruxelles, 8 février 1876, P. 1877, 210.) Si la destruction a été causée par cas fortuit, il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts (art. 1722, 1724, alin. 3, 1741).

2° Le contrat de louage finit par l'inexécution de l'obligation de l'une des parties. La résolution doit alors être demandée en justice ; elle n'a lieu de plein droit que lorsqu'il en a été expressément ainsi convenu (art. 1184, 1741 et *suprà*, t. III, n° 106). (Brux., 1er août 1865, P., 1866, 28 ; Gand, 22 avril 1868, P., 1868, 348.) Le juge peut apprécier la gravité des infractions commises et, selon les circonstances, refuser de prononcer la résiliation. (Cass. fr., 18 janvier 1869, D., 1869, 1, 112.)

1157. 3° Le bail finit par la résolution du droit qu'avait le bailleur de louer la chose (*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*). Mais il faut distinguer ici deux hypothèses :

a. Le bailleur n'avait sur la chose qu'un droit résoluble, de

Digitized by Google

telle sorte que son droit de louer dépendait de son droit de disposer. Alors le louage finit par la résolution de ce droit. Exemple : quelqu'un a acheté sans payer. Le vendeur demande la résolution de la vente faute de payement; elle est prononcée. Le bail consenti par l'acheteur sera résilié. Il en serait de même si l'acquéreur avait acheté sous une condition résolutoire.

b. Le bailleur a le droit de louer la chose, mais ce droit peut venir à cesser sans que les baux faits en vertu de ce droit cessent. Par exemple l'usufruitier, le mari à l'égard des biens personnels de la femme, le tuteur (art. 595, 1429, 1430, 1718). C'est conformément à ces distinctions que la question de savoir si le bail est résolu devrait être décidée. Mais la jurisprudence a quelquefois étendu aux hypothèses indiquées sous la lettre *a*, les règles qui s'appliquent aux hypothèses qui tombent sous la lettre *b*, en s'appuyant sur l'article 1673, alin. 2 (*suprà*, t. III, n° 1050). Ainsi elle a appliqué ces dernières règles aux baux passés par le donataire dont la donation a été révoquée; aux baux passés par l'acquéreur dont les droits ont été résiliés pour inexécution de son engagement, et même aux baux faits par un adjudicataire, dans le cas où le bien vendu a été exposé en revente sur folle enchère.

4° Le bail finit par l'éviction du bailleur. Le véritable propriétaire n'est pas tenu de respecter les baux faits par le *bonæ fidei possessor*.

1158. 5° Le bail finit par l'expiration du terme fixé. Il cesse alors de plein droit. Cette règle n'est pas douteuse si le bail a été fait *par écrit* (art. 1737). Elle n'est pas douteuse non plus lorsque le bail est *sans écrit*, qu'il a pour objet un *fonds rural*, et que sa durée est fixée, non pas par la convention, mais par la loi même. En pareil cas le bail, quoique fait *sans écrit*, cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait (art. 1774, 1775).

Mais le bail *verbal* expire-t-il aussi de plein droit par l'échéance du terme fixé par la convention? Oui, car la circonstance de l'écriture est indifférente pour fixer la durée du bail. Le législateur a *confondu* la circonstance de l'écriture avec la fixation de la durée du bail. L'article 1737 n'est pas restrictif, mais seulement énonciatif; il statue sur ce qui a lieu ordinairement : *id quod ple-*

Digitized by Google

rumque fit. C'est que souvent la durée des baux faits verbalement est indéterminée, tandis que la durée des baux faits par écrit est fixée.

Le bail cesse aussi de plein droit lorsque sa durée est fixée par la présomption de la loi (art. 1758). Il ne faut pas de congé dans ces cas. (Troplong, nos 403 et 408.)

1159. 6° Le bail cesse par l'effet du *congé*. Lorsque la durée du bail est fixée, aucune partie ne peut donner congé avant son expiration. Si la durée du bail n'est fixée ni par une convention expresse, ni par une présomption légale, chaque partie peut donner congé quand elle veut, pourvu qu'elle observe les délais fixés par l'usage des lieux (art. 1736). Le congé peut être donné par écrit ou verbalement, mais il ne peut pas être prouvé par témoins (arg. art. 1715). Il n'a pas besoin d'être accepté. A Paris, le délai des congés est de six mois pour les boutiques ouvrant sur la rue. (Paris, 17 décembre 1872, D., 1873, 5, 303.)

1160. Le contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur (art. 1742). Le code a formellement exprimé cette règle, qui n'est qu'une application du principe qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers (art. 1122; *suprà*, t. III, n° 44), parce que, d'après quelques anciennes coutumes, par exemple celle de Lorraine, le louage était résilié par la mort ou par le mariage du locataire : *Mort et mariage rompt tout louage*, disait-on. Loysel dit déjà que cette thèse était contraire à la raison. (*Instit. coutum.*, n° 474.)

1161. Le contrat de louage n'est pas résolu par l'*aliénation* de la chose louée, en ce sens que si le bailleur aliène la chose louée, il continue néanmoins à être tenu d'exécuter le bail. D'après les règles du droit romain, le successeur à titre particulier du bailleur n'est pas tenu de se conformer au bail. Car le locataire n'a qu'un droit *personnel* contre le bailleur; il n'a pas un droit *réel* sur la chose; c'est contre le bailleur seul, avec lequel il a contracté, qu'il peut agir. (Cass. fr., 21 février 1865, D., 1865, 1, 132.) Donc, si le bailleur vend la chose, l'acheteur, qui n'est pas lié par le contrat intervenu entre le bailleur et le locataire, peut expulser ce dernier, sauf les droits de celui-ci d'exercer son recours contre le bailleur. Le nouvel acquéreur, en expulsant le locataire, use de son droit de propriété; il n'a pas d'engagement

Digitized by Google

envers le locataire; il n'est donc pas tenu aux dommages-intérêts s'il l'expulse. C'est là le sens de l'ancien proverbe : *Vendage ou achat passe louage.* (Loysel, n° 472; Montpellier, 4 mars 1867, D., 1867, 5, 263.)

Si le nouveau propriétaire s'est engagé envers l'ancien (le bailleur) à tenir le contrat, le locataire ne peut pas lui opposer cette convention ; elle est pour lui *res inter tertios acta.* Si l'acquéreur l'expulse, il doit agir contre le bailleur, parce qu'il n'a contracté qu'avec lui; mais ce dernier doit alors exercer son recours contre le nouveau propriétaire (fr. 25, § 1; fr. 32, D., *locati,* 19, 2; L. 9, C., *De locato et conducto,* 4, 65).

Le bail finit lorsque le locataire devient propriétaire de la chose louée.

Ces règles étaient suivies sous l'ancien droit, mais elles avaient déjà été modifiées, pour les baux des *biens ruraux*, par les articles 2 et 3 de la section II du titre I du décret des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant *les biens et usages ruraux et la police rurale.* D'après ce décret, qui ne distingue pas entre les baux ayant date certaine et ceux qui n'en ont pas, la résiliation d'un bail de six années ou au-dessous ne pouvait avoir lieu, en cas de vente du fonds, que de gré à gré; et dans les baux de plus de six années, en cas de vente du fonds, le nouvel acquéreur ne pouvait exiger la résiliation que sous la condition de cultiver lui-même sa propriété, et moyennant un congé donné un an d'avance et des dommages-intérêts.

1162. Les *principes* de l'ancien droit sont les mêmes sous le code (art. 1750). Ils ne sont changés que pour le cas où le locataire a un bail *authentique* ou dont la *date est certaine.* Le locataire qui a un bail *authentique* ou sous seing privé ayant *date certaine* a une espèce de *droit réel* sur la chose, qu'il peut faire valoir contre tout acquéreur; il ne peut être expulsé par l'acquéreur que lorsque le bailleur s'est réservé ce droit par le contrat de bail (art. 1743).

1163. L'expulsion ne peut avoir lieu que sous ces trois conditions :

1° Que le locataire soit payé des dommages et intérêts stipulés pour le cas d'expulsion, ou comme suit : s'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paye, à titre de dommages

Digitized by Google

et intérêts, au locataire évincé, une somme égale au prix du loyer pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie; s'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier est du tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir. L'indemnité se réglera par experts s'il s'agit de manufactures, usines ou autres établissements qui exigent de grandes avances (art. 1744-1747);

2° Que ces dommages-intérêts aient été payés préalablement, avant l'expulsion par le bailleur ou par le nouvel acquéreur (art. 1749);

3° Que le locataire ait été averti au temps d'avance usité dans le lieu pour les congés. L'acquéreur doit aussi avertir le fermier des biens ruraux au moins un an à l'avance (art. 1748).

1164. L'article 1743 s'applique-t-il aussi au cas où le locataire ou fermier, qui a un bail authentique ou ayant date certaine, *n'était pas encore entré en jouissance,* ou seulement au cas où *il était déjà entré en jouissance?* Duranton, n° 139, et Duvergier, n°s 281 et 541, ne l'appliquent qu'au cas où le locataire est déjà entré en jouissance, se fondant sur ce que l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie ne souffre que lorsqu'il s'agit d'expulser le fermier ou le locataire déjà entré en jouissance, sur le mot *expulsé* dans l'article 1743, et sur ce que la disposition de cet article est une exception aux anciens principes, et ne doit pas être étendue.

Cette opinion ne doit pas être suivie. Car l'article 1743 n'établit pas une *exception* aux principes du droit commun, mais un *droit nouveau* dont la nature n'est pas exceptionnelle. Il attache au contrat de louage, à certains égards, un effet qui a quelque analogie avec un *droit réel* sur la chose, lorsque le bail est authentique ou qu'il a date certaine. Les discussions de cet article prouvent que le législateur a eu l'intention d'*abolir* les règles de l'ancien droit sur ce point. (Rapport au Tribunat, n° 11; discours du tribun Jaubert, n° 7, Locré, XIV, 431, 432 et 458; Troplong, n°s 484-501; Paris, 24 juin 1858, D., 1859, 2, 217; jugement du tribunal de Liége, 26 janvier 1861, B. J., t. 20, 269; Rouen, 15 mars 1869, D., 1871, 2, 78.)

1165. L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté

Digitized by Google

d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable (article 1751). Cette règle est conforme à l'ancienne jurisprudence. On considérait comme injuste que l'acquéreur à pacte de rachat, qui n'avait lui-même qu'une propriété résoluble au gré du vendeur, pût expulser le locataire. Pothier, n° 294, combattait cette jurisprudence, laquelle, en droit strict, ne pouvait pas être justifiée.

V. DE LA RELOCATION OU RÉCONDUCTION TACITE.

1166. La relocation expresse, ou le renouvellement du contrat de louage par le consentement formel des parties n'a rien de particulier. Elle forme un nouveau bail. Il s'agit ici de la relocation *tacite*.

Elle s'opère lorsque le locataire continue de jouir de l'usage de la chose louée au delà du terme fixé par le contrat, au su et sans opposition du bailleur. Les parties sont censées consentir réciproquement à ce que le contrat soit continué (art. 1738). La tacite réconduction est fondée sur le consentement tacite et présumé des parties de vouloir faire un nouveau bail. (Bruxelles, 28 mai 1867, P., 1869, 45.) C'est pourquoi elle ne peut pas avoir lieu si, à la fin du bail, l'une des parties est dans l'impossibilité de consentir, par exemple si elle est tombée en démence. (Fr. 13, § 11 ; fr. 14, D., *locati*, 19, 2; Troplong, n° 453.)

1167. Il suit de ces règles : 1° qu'il ne peut être question de réconduction tacite que lorsque la durée du premier bail est déterminée. Si elle ne l'est pas, c'est toujours le premier bail qui continue; 2° qu'il ne peut pas y avoir réconduction, s'il y a opposition, c'est-à-dire congé signifié.

Lors même qu'après le congé signifié le locataire resterait en possession de la chose louée, il ne pourrait pas s'en prévaloir pour prétendre une tacite réconduction (art. 1739). (Cass. fr., 9 février 1875, D., 1876, 1, 27.)

Il faut donc distinguer deux espèces d'actes, qui ont chacun un caractère différent, mais que le code désigne sous le nom de *congé :*

a. Le véritable *congé,* donné dans l'hypothèse d'un bail *dont la*

Digitized by Google

durée n'est pas déterminée, et qui a pour but de mettre un terme au bail. Le bailleur ne peut donner *ce congé* qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux (art. 1736).

b. L'acte d'*opposition* fait dans le cas où le bail a été contracté pour un terme fixé. Ce congé n'est pas nécessaire *pour mettre un terme au bail* (art. 1737, et *suprà,* n° 1158). Le bail expire de plein droit. L'acte par lequel le bailleur fait signifier au preneur qu'il doit sortir, n'est donc pas un *congé* dans le sens de l'article 1736, mais plutôt un acte de protestation contre l'interprétation de l'intention du bailleur, pour le cas où le preneur continuerait la jouissance de la chose louée. Cet acte peut être fait sans que l'on observe le délai fixé par l'usage des lieux. Ainsi, par exemple, si le locataire n'était pas sorti au jour de l'expiration du bail, ou même quelques jours après, le bailleur pourrait lui signifier un congé en ce sens.

Quant au point de savoir combien de temps la continuation de la jouissance doit avoir duré pour faire présumer la tacite réconduction, il est abandonné à l'appréciation du juge.

1168. La relocation est censée faite pour le même prix et aux mêmes conditions que le premier bail, toutefois sans préjudice aux droits des tiers ; ainsi, la caution ne s'étend pas à la prolongation (art. 1740). (Liége, 5 mars 1870, P., 1870, 144.)

En droit romain, il y avait controverse sur la question de savoir pour *quel temps* la relocation a lieu. Aujourd'hui il faut distinguer :

1° Le bail a pour objet une *maison* ou un *appartement.* La durée de la réconduction est fixée par l'usage des lieux. La réconduction est alors un bail sans écrit ; et bien que sa durée soit fixée par l'usage des lieux, il ne cesse pas de plein droit à l'expiration de ce terme. Il ne cesse que lorsque le bailleur aura donné congé dans le délai fixé par l'usage des lieux. Car aussi longtemps que le congé n'a pas été donné, on peut croire que l'intention des parties a été de continuer le bail (art. 1759).

2° Le bail a pour objet un *fonds rural.* Il est censé fait pour le temps qui est nécessaire, afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé. Ainsi le bail à ferme d'un pré, d'une vigne, et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an. Le bail

Digitized by Google

des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles (article 1774).

Ce terme expiré, le bail cesse de plein droit, sans congé (article 1775).

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A LOYER (art. 1752-1762).

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1169. On appelle *bail à loyer* le louage des maisons et celui des meubles (art. 1711, alin. 2).

Il importe de savoir si un bail est *à loyer* ou *à ferme*. Lorsqu'un bail comprend des bâtiments, des usines et des terres, il faut examiner quelle est la chose *principale*. Les règles applicables à la chose principale s'appliquent aussi à ce qui est accessoire par rapport à cette chose. (Bruxelles, 29 novembre 1809.)

II. DES EFFETS PARTICULIERS DES BAUX A LOYER.

1170. 1° Le locataire doit garnir la maison de meubles suffisants pour répondre du payement des loyers; sinon, il peut être expulsé, à moins qu'il ne donne d'autres sûretés capables de répondre du loyer (art. 1752). Cette disposition a son origine dans le droit coutumier; elle a pour but de donner au privilége du bailleur, déjà admis en droit romain, une assiette réelle (art. 2102, n° 1; loi hyp. **belge**, art. 20, n° 1). (Loysel, n° 476.)

Le locataire qui fait disparaître les meubles est assimilé à celui qui ne garnit pas la maison. Pour pouvoir expulser le locataire qui ne satisfait pas à cette obligation, il faut que le bailleur demande la résiliation du contrat (art. 1741).

L'obligation imposée au locataire par cet article se modifie par la destination de la chose : par exemple, si on loue une salle d'escrime.

1171. Les auteurs sont en désaccord sur la question de savoir combien de termes du loyer le mobilier du locataire doit garantir.

Digitized by Google

Suivant Duranton, nº 157, et Duvergier, IV, nº 16, il suffit que la valeur des meubles réponde du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, avec les frais de saisie et de vente. Troplong, nº 531, est aussi de cet avis, conformément à la coutume d'Orléans (art. 417), qui fixait chaque terme à six mois, et à l'usage qui régnait à Paris, d'après lequel il fallait donner des sûretés pour un an. On peut citer encore en faveur de cette opinion l'article 1760. Toutefois, la loi ne prescrit pas ici le nombre des termes pour lesquels il faut des sûretés. On ne peut pas exiger des sûretés pour toute la durée du bail (arg. art. 1760). Il faut donc dire avec Zachariæ, § 370, que le législateur s'en est remis aux tribunaux pour l'appréciation de la question de savoir si le locataire a suffisamment garni les lieux. (Colmet de Santerre, t. VII, nº 200 *bis*, II.)

1172. 2º Le locataire est tenu des réparations locatives ou de menu entretien. Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées; au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre; aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés; aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu; aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutique, gonds, targettes et serrures (art. 1754). L'énumération de cet article n'est pas restrictive; elle est complétée par l'usage des lieux ou par l'appréciation des tribunaux. (Troplong, nºs 550-584.)

Le caractère particulier de cette disposition consiste en ce que le locataire est aussi tenu des réparations locatives qui sont nécessitées *par l'usage même* de la chose. En règle générale, le locataire doit rendre la *chose telle qu'il l'a reçue,* sauf les dégradations de *toute espèce* arrivées par vétusté ou par force majeure (art. 1730, 1755). Ainsi, les réparations locatives nécessitées par force majeure ou par vétusté ne sont pas à la charge du du locataire. Le locataire ne répond pas non plus des pertes et

Digitized by Google

dégradations arrivées pendant la jouissance *sans sa faute*, donc *par l'usage même* de la chose, à moins que ces dégradations ne soient de simples réparations locatives. Elles sont à la charge du locataire quand même elles seraient arrivées *par suite de l'usage de la chose*, pourvu que ce ne soit pas par force majeure ou par vétusté; alors elles seront à la charge du bailleur.

Le motif de cette exception à la règle de l'article 1732, c'est que le plus souvent il est difficile de constater si ces dégradations sont le résultat naturel de l'usage de la chose, ou le résultat de la faute du preneur, et qu'il importe de prévenir le grand nombre de petites contestations qui pourraient naître de cette difficulté.

1173. Lorsque la maison est occupée par plusieurs locataires, ou lorsque quelques parties du bâtiment sont destinées à l'usage de plusieurs, par exemple une cour, un corridor, les réparations des parties dont l'usage est commun, sont toutes à la charge du bailleur; car la présomption que le locataire, qui occupe exclusivement un bâtiment, est l'auteur des dégradations, ne peut pas avoir lieu dans ce cas. Le bailleur ne peut donc, sauf stipulation contraire, s'en tenir qu'à l'auteur prouvé des dégradations. (Merlin, *Rép.*, v° *Bail*, § 8; Troplong, n° 590.)

1174. Le curement des puits et celui des fosses d'aisances sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire (art. 1756). C'est une application de l'article 1719, alin. 1 et 20.

III. COMMENT LE BAIL A LOYER PREND FIN.

1175. 1° Par l'expiration du terme. (Voy. *suprà*, n° 1158.) Si le terme n'est pas fixé par la convention, il le sera par l'*usage des lieux*, soit que le bail ait pour objet une maison (art. 1759) ou un appartement meublé. Toutefois le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an; au mois, quand il a été fait à tant par mois; au jour, s'il a été fait à tant par jour (art. 1758).

1176. Le bail des meubles fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis entier, une boutique, ou tous autres appartements, est censé fait pour la durée ordinaire des baux des maisons, corps de logis, boutiques ou autres appartements, selon l'usage des lieux (art. 1757).

Digitized by Google

Quelques auteurs prétendent que, dans le cas où les meubles ont été fournis pour garnir une maison ou partie de maison louée par écrit pour un terme fixe, ils sont aussi censés loués pour toute la durée du bail de la maison, si ce bail a été montré au bailleur de meubles. Cette opinion n'est fondée sur rien; la loi ne distingue pas; il faut donc admettre pour les *meubles* seulement la *durée ordinaire* du bail des maisons, selon l'usage des lieux.

1177. Si le terme du bail a été fixé par la convention ou par une présomption de la loi, comme dans le cas de l'article 1758 (n° 1175), il expire de plein droit, *sans congé* (*suprà*, n° 1158). Mais si la durée du bail n'est fixée que par l'*usage des lieux*, le preneur ne peut plus sortir ni être expulsé qu'après un *congé* donné *suivant le délai fixé par l'usage des lieux* (art. 1759). Cette règle s'applique aussi au bail de meubles (art. 1757). La raison de cette différence est que chacun doit connaître ses propres conventions, et que tout le monde est censé connaître la loi, tandis qu'il peut ignorer l'usage des lieux, dont l'existence est moins patente et souvent plus contestée.

1178. 2° Par la résiliation pour défaut respectif des parties de remplir leurs engagements (*suprà*, n° 1156 2°). En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus (art. 1760).

Par le *temps nécessaire à la relocation*, il faut entendre *le temps ordinairement laissé au propriétaire pour s'assurer d'un nouveau locataire*, suivant l'usage des lieux; c'est-à-dire pour le délai du congé tel qu'il est fixé par l'usage des lieux (Gand, 14 juin 1877, P., 1877, 363); de sorte que si le propriétaire relouait sur-le-champ, le locataire ne devrait que les loyers échus. (Troplong, n°s 621, 622; Duranton, n° 172; Rapport au Tribunat, n° 13, Locré, XIV, 435.)

1179. 3° D'après une loi romaine, *L. Aede*, 3, C. *De locato et conducto*, 4, 65, le propriétaire d'un bâtiment avait la faculté de rompre le bail et d'expulser son locataire, s'il en avait lui-même besoin. Cette règle, d'ailleurs contraire au principe sur la force obligatoire des conventions, était suivie dans l'ancienne juris-

Digitized by Google

prudence et était une source d'abus. Le code l'a formellement abolie par l'article 1761, portant : « Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, *s'il n'y a eu convention contraire*, et, si le bailleur s'est réservé ce droit, il ne peut l'exercer qu'en signifiant d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux » (art. 1762).

Le bailleur n'est pas tenu de payer, dans ce cas, des dommages-intérêts au locataire, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement dans le contrat. Mais les dommages-intérêts n'ont pas lieu de plein droit comme dans le cas de l'article 1744 et suiv. (*suprà*, n° 1163). La position du bailleur qui veut occuper sa maison est plus favorable que celle du bailleur qui veut vendre; car ce dernier est censé avoir tenu compte, dans la fixation du prix de la vente, de l'indemnité qu'il doit au locataire, en cas d'expulsion. (Pothier, n° 337; Rapport au Tribunat, n° 14, Locré, XIV, 435.)

Si le bailleur faisait abus du droit qu'il s'était réservé, en louant la maison à une autre personne, il serait tenu aux dommages-intérêts. (Séance du conseil d'État du 9 nivôse an XII, n° 44, Locré, XIV, 348.)

SECTION III.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME.

I. EFFETS DES BAUX A FERME.

A. *Des obligations du bailleur.*

1180. Le bailleur d'un fonds rural doit délivrer la contenance indiquée au contrat. Les obligations et les droits respectifs des parties résultant de l'excédant ou du défaut de contenance sont les mêmes qu'en matière de vente. Les actions résultant de ces droits se prescrivent aussi dans l'année (art. 1765, 1622 et *suprà*, t. III, n°s 984-992). (Liége, 11 août 1866, P., 1867, 179.)

Digitized by Google

B. *Des obligations du fermier.*

1181. 1° Il doit cultiver en bon père de famille, notamment garnir la ferme des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation. Cette dernière règle a plutôt pour but la garantie d'une bonne culture, que d'assurer le privilége du bailleur. Il faut que les bestiaux et ustensiles suffisent pour les *besoins de l'exploitation,* mais la loi n'exige pas, comme dans les baux à loyer, qu'ils offrent des garanties suffisantes pour le loyer, parce que le bailleur a privilége sur les fruits (art. 2102, n° 1; loi hyp. belge, art. 20, n° 1). Si le fermier ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail et demander des dommages-intérêts (art. 1766, et *suprà,* n° 1156, 2°).

1182. En règle, le fermier peut sous-louer comme tout autre locataire (n° 1151). Mais celui qui cultive sous la condition *d'un partage de fruits* avec le bailleur (*le colon partiaire*) ne peut ni sous-louer ni céder son bail, si cette faculté ne lui a été expressément accordée par le bailleur (art. 1763). En cas de contravention, ce dernier peut demander la résiliation du contrat, et le juge *doit* lui accorder sa demande. L'article 1764, en disant que « *le propriétaire a le droit de rentrer en jouissance* », déroge à l'article 1184, alinéa 3 (*suprà,* t. III, n° 106).

La raison de cette dérogation à l'article 1717 est que le bailleur a contracté avec le colon partiaire en considération de sa valeur et de sa capacité personnelle; ce dernier est débiteur d'une obligation de faire (art. 1237, et *suprà,* t. III, n° 164).

1183. 2° *Tout preneur* doit engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail (art. 1767). Cet article s'applique aussi au *colon partiaire;* les mots *tout preneur* ont été substitués, sur la demande du Tribunat, à la rédaction primitive : *tout fermier.* (Observ. du Tribunat, n° 24, Locré, p. 396.) Le but de cet article est d'assurer le privilége du propriétaire sur les fruits de la ferme. (Comparez *suprà,* n° 1170.)

Digitized by Google

1184. 3° Le fermier doit avertir le propriétaire, dans le même délai que celui réglé en cas d'assignation suivant la distance des lieux, de toutes les usurpations, troubles, voies de fait et autres entreprises commises sur le bien loué, peu importe qu'elles se manifestent par voies de fait ou par des actions judiciaires, par exemple la défense d'exercer une servitude (art. 1768). (Voy. *suprà*, n° 1144 *a*.)

1185. 4° Le preneur doit payer les fermages, conformément au contrat et aux règles générales sur le payement, sauf son droit à la *remise*, si la *totalité* ou au moins la *moitié* de la récolte a été enlevée par cas fortuit (art. 1769-1773).

1186. Quelques auteurs ont considéré la règle qui introduit le droit de remise ou de réduction, comme une disposition *exceptionnelle*, dictée par l'équité ou par la pitié en faveur du fermier. Mais elle est une conséquence nécessaire du principe établi sur le louage des choses en général, tant par le droit romain que par le droit français. Ce principe admis, le droit à la remise en est une application et n'a rien de particulier. Le fermier loue un héritage pour en recueillir les fruits; c'est dans la perception des fruits que consiste l'usage qu'il peut faire de la chose louée; c'est donc de cet usage, c'est-à-dire de la possibilité de recueillir les fruits que le bailleur est obligé à le faire jouir. Or, si un cas fortuit rend impossible la perception des fruits, le bailleur n'a pas rempli son obligation, c'est-à-dire, il n'a pas fourni le véritable usage de la chose, de même qu'il n'aurait pas fourni l'usage continu d'une maison qui se serait écroulée pendant le contrat (art. 1722, 1724). D'après les principes généraux, celui qu'un cas fortuit empêche d'exécuter son obligation est regardé comme s'il l'eût exécutée; il est donc libéré, et l'autre partie doit exécuter son engagement; d'après le *principe particulier* sur le louage des choses, l'autre partie, c'est-à-dire le locataire, n'est plus tenu d'exécuter son obligation de payer. Il en résulte donc que le fermier n'est pas tenu d'exécuter son obligation, qui est l'équivalent de celle que la force majeure a empêché le bailleur de remplir. (Fr. 25, § 6, D., *locati*, 19, 2.)

1187. Pour que le fermier ait droit à la remise, il faut la réunion des *conditions* suivantes :

a. Il faut que la cause de la perte de la récolte soit un *cas for-*

Digitized by Google

tuit ou une *force majeure* que le fermier n'a pu empêcher. Ainsi il n'a pas droit à la remise s'il est en faute, par exemple s'il a mal cultivé. A la différence du droit romain, le code civil admet la remise pour toute espèce de cas fortuits, *ordinaires et extraordinaires*. Le droit romain ne l'admet que lorsque la récolte a été détruite par un cas fortuit *extraordinaire* (arg. 1769, arg. article 1773).

b. Il faut que le dommage soit au moins de *la moitié d'une récolte* (art. 1769). Pour savoir si le dommage atteint la moitié, il faut prendre pour terme de comparaison une récolte ordinaire. (Duranton, n° 199; Duvergier, IV, n° 154.)

Il y a diverses opinions sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par *récolte*. Les anciens canonistes entendent par récolte la *quantité de fruits naturels* que le fonds produit ordinairement; ils accordent le droit à la remise si la quantité des fruits récoltés n'atteint pas la moitié de la *quantité* des années ordinaires, quel que soit d'ailleurs le *prix* ou la *valeur vénale* des fruits récoltés. D'autres tiennent seulement compte de la valeur vénale des fruits, et accordent ou refusent la remise selon que les fruits récoltés rapportent ou ne rapportent pas une somme d'argent égale à la moitié du rendement ordinaire de la ferme. D'autres encore tiennent compte de la quantité des fruits et de leur valeur vénale.

Le premier système est juste. C'est la perception *des fruits naturels* du fonds que le bailleur doit prester; c'est cette perception qui est l'objet de la jouissance que doit garantir le bailleur, et non le rendement d'une somme d'argent plus ou moins forte. C'est donc à la *quotité* de la récolte, et non au prix ou à la valeur des fruits récoltés qu'il faut avoir égard pour résoudre la question de savoir s'il y a lieu à la remise ou non. (Colmet de Santerre, t. 7, n° 219 *bis*, II.)

1188. *c*. Il faut que les fruits n'aient pas encore été *séparés* de la terre, lorsque l'accident arrive (*fructus percepti*). Car, si la force majeure arrive lorsque les fruits sont déjà séparés de la terre, le fermier *a eu* l'usage de la chose dont le loyer est l'équivalent; il n'y a donc plus de motifs de ne pas payer le loyer (art. 1771). Il en est autrement du colon partiaire. La perte de la récolte séparée de la terre et même engrangée doit aussi être

Digitized by Google

supportée par le bailleur, qui en est copropriétaire; *casum sentit dominus*. Si le fermage doit être payé en une quantité déterminée de fruits *du fonds loué*, la perte arrivée après la séparation est pour le fermier, à moins que toute la récolte ne soit perdue par cas fortuit. Alors il est libéré : *Impossibilium nulla est obligatio*.

1189. *d*. Il faut que le fermier ne soit pas indemnisé par d'autres récoltes. La loi distingue : si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location. Il ne pourra prétendre aucune remise si la perte est moindre de moitié (art. 1770). Si le bail est fait pour plusieurs années, le fermier ne peut demander la remise qu'autant qu'il n'a pas été indemnisé par les récoltes précédentes. S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance ; et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte (art. 1769).

1190. Pour décider si la perte s'élève à la *moitié* de la récolte, il faut prendre pour base la moitié des fruits que l'immeuble loué produit *dans une année commune*, ET il faut aussi que la perte soit arrivée et ait atteint la moitié de la récolte dans la *même année*. Le fermier ne peut pas additionner les différentes pertes éprouvées dans plusieurs années, mais dont aucune, prise isolément, n'atteint la moitié.

A la fin du bail, on établit un compte dans lequel on fait entrer le produit de toutes les années, bonnes et médiocres. Les excédants des bonnes années se compensent avec les déficits des années médiocres, quand même ces déficits n'auraient pas donné lieu à une remise. Tant que la compensation entre les bonnes années et les années médiocres ne donne pas pour résultat que le fermier a eu chaque année la récolte d'une année *ordinaire*, rien ne peut être ajouté à l'année où le désastre a eu lieu. Ce n'est que l'excédant que cette compensation de toutes les années du bail offre sur la *production ordinaire* du même nombre d'années qui peut servir pour combler le déficit de l'année où le désastre a eu lieu. (Duranton, n° 201 ; Troplong, n° 732.) Un autre

Digitized by Google

système est adopté par Duvergier, n° 175, mais il ne peut pas être admis.

1191. Si le bailleur avait déjà fait la remise du fermage d'une année *avant* la fin du bail et que le fermier fût récompensé par la récolte des années suivantes, il pourrait rétracter cette remise, même dans le cas où le bailleur se serait servi du terme de donation, parce que personne n'est facilement présumé renoncer à ses droits. Mais le bailleur ne peut pas rétracter la remise d'une année, lorsque la perte a déjà été compensée par les années précédentes. Il est censé renoncer au droit de compenser avec la perte actuelle les avantages antérieurs *qu'il connaît*. (Fr. 15, § 4, D., *locati*, 19, 2 ; Troplong, n°s 735-737.)

1192. Le fermier n'a pas droit à la remise :

A. Lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé ; il est alors censé avoir accepté les chances de perte qu'offrait cette cause (art. 1771, alin. 2).

B. S'il a été chargé des cas fortuits par une stipulation expresse. Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits *ordinaires*, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de *tous les cas fortuits* prévus ou imprévus (art. 1772, 1773).

C. En **Belgique**, lorsque, en cas de sinistre, le fermier *a été indemnisé par l'assureur*, il ne peut demander la remise du prix de la location qu'à concurrence des primes qu'il a déboursées. (Loi **belge** sur les assurances du 11 juin 1874, art. 40; loi hypoth. **belge** du 16 déc. 1851, art. 10.)

1193. 5° Le fermier sortant est obligé de laisser à celui qui lui succède dans la culture les logements convenables et autres facilités pour les travaux de l'année suivante : et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les logements convenables et autres facilités pour la consommation des fourrages, et pour les récoltes restant à faire. Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux (art. 1777).

1194. 6° Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouis-

Digitized by Google

sance; et quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation (art. 1778).

II. COMMENT LE BAIL A FERME PREND FIN.

1195. Les causes de cessation du louage exposées *suprà* aux nos 1158-1165 s'appliquent aussi aux baux à ferme.

Le bail sans écrit, ou sans terme fixé, est censé fait pour le temps indiqué *suprà*, au n° 1168.

1196. Le bail fait à condition du partage des fruits est-il résilié par la mort du fermier? La question était controversée sous l'ancien droit; elle l'est encore. Suivant les uns, ce bail est résilié, parce qu'il constitue une véritable société entre le bailleur et le fermier, et que la société se dissout par la mort de l'un des associés (art. 1865, alin. 3). Les autres, considérant ce bail comme un louage ordinaire, disent qu'il n'est pas résilié (article 1742), d'autant moins que, si l'on veut y appliquer les principes sur la société, il faut dire que ce bail finit aussi par la mort du bailleur.

L'industrie et les qualités personnelles du colon sont, pour le propriétaire, une cause déterminante à contracter ce bail. C'est pour cette raison qu'il est incessible. Si l'on ne peut pas y appliquer à tous égards les règles sur la société (par exemple en ce qui concerne la dissolution par la mort du bailleur), il est juste d'y appliquer les règles sur le louage d'ouvrage; or le louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier (art. 1795). Le bail finit donc par la mort du colon, non par la mort du bailleur.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE. (Art. 1779-1799.)

NOTIONS GÉNÉRALES.

1197. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles (art. 1710). Pour que le contrat soit

Digitized by Google

un louage, il n'est pas nécessaire que le *prix* soit *expressément* convenu entre les parties; le prix peut être convenu tacitement, par exemple lorsqu'on fait faire un ouvrage qui a un certain prix courant, soit fixe, soit circonscrit dans certaines limites, d'après l'usage.

1198. Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2° celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3° celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés (art. 1779). Cette énumération n'est pas limitative. On peut louer toute espèce de travail et d'ouvrage qui est dans le commerce et qui est licite, et toute espèce de travail même celui qui, d'après les mœurs et les usages, ne se loue pas *ordinairement, peut* être l'objet du contrat de louage.

1199. Quelques jurisconsultes prétendent que les travaux manuels (*operæ illiberales*) seuls peuvent être l'objet du contrat de louage; que les services qui demandent un travail intellectuel, ou qui sont l'exercice d'un art, d'une profession libérale, ne constituent pas l'objet de ce contrat, mais d'une autre convention, par exemple d'un mandat ou d'un contrat innomé, quand même ces services ou travaux seraient prestés moyennant une rétribution; qu'il faut donc avoir égard à la nature des services pour distinguer un mandat avec salaire d'un louage d'ouvrage ou de services. Suivant d'autres, il faut, pour décider cette question, seulement avoir égard à la circonstance s'il y a un *prix stipulé* ou non.

La question de savoir si telle convention constitue un contrat de louage, ou un mandat avec salaire, ou toute autre convention innomée n'a plus aujourd'hui la même importance qu'elle avait sous le droit romain, parce qu'autrefois il fallait, pour poursuivre l'exécution d'un contrat, choisir spécialement l'action qui résultait de cette convention; tandis qu'aujourd'hui le nom de l'action est indifférent. Mais la question offre encore beaucoup d'intérêt, pour savoir s'il faut appliquer à telle convention donnée plutôt les règles du louage, qui est un contrat bilatéral, que celles sur le mandat, qui est unilatéral et révocable (art. 2003). (Voy., par exemple, Bruxelles, 8 janvier 1877, P., 1878, 308, et

Digitized by Google

8 novembre 1877, P., 1878, 79.) Ce qu'il y a de certain, c'est que la convention ne peut jamais constituer un *louage* lorsqu'il n'y a pas de prix, ni expressément ni tacitement convenu. Mais le contrat n'est pas nécessairement louage lorsqu'il y a un prix (art. 1986), de sorte que l'absence ou la stipulation du prix *seule* ne décide pas de la nature du contrat.

Il est encore moins juste de dire que le contrat est un louage ou un mandat, suivant que les services qui en sont l'objet sont *manuels* ou illibéraux, ou intellectuels ou libéraux. Il faut, pour décider cette question, avoir égard à la nature de la convention et à l'intention des parties. (Laurent, t. XXV, n° 508; Liége, 20 avril 1877, P., 1877, 303.)

Le caractère distinctif qui sépare le mandat du contrat de louage consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant dans des actes juridiques, de l'obliger envers des tiers et d'obliger les tiers envers lui. (Duvergier, IV, n° 267; Zachariæ, § 371 *bis*.)

SECTION PREMIÈRE.

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET DES OUVRIERS.

I. RÈGLES GÉNÉRALES.

1200. Le projet primitif du code renfermait plusieurs articles sur le louage des domestiques et sur les rapports que ce contrat faisait naître entre eux et le maître. Les auteurs du code les ont supprimés, et s'en sont rapportés aux conventions des parties et aux règles générales sur le contrat de louage. (Rapport au Tribunat, n° 17, Locré, XIV, 442.)

1201. On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (art. 1780). Cette règle a pour but de concilier le respect dû aux conventions avec la liberté individuelle. L'engagement des services *pour toute la vie* a été considéré comme une espèce d'esclavage. (Exposé de motifs, n° 19, Locré, p. 416.) Il en était de même sous l'ancienne jurisprudence française. Les conventions qui éluderaient indirectement la dis-

Digitized by Google

position de l'article 1780 ne seraient pas valables. Ainsi, est nul, comme contraire à l'article 1780, l'engagement illimité, pris par un ouvrier, de ne pas se livrer, dans un pays déterminé, à la même industrie que son maître, sous peine de lui payer une somme déterminée s'il venait à le quitter. (Liége, 18 nov. 1865, P., 1866, 11.)

1202. Quel est l'effet d'une convention contraire à la règle qui précède? Suivant quelques jurisconsultes, *chacune des parties* est libre de se prévaloir de la nullité de la convention et de se refuser à l'exécuter sans être tenue à des dommages-intérêts; seulement le temps du service écoulé jusqu'au moment où l'engagement serait rompu, devrait être payé. (Duranton, n° 226.) Suivant d'autres, la nullité de cette convention n'est pas d'ordre public; elle est relative, et ne peut être invoquée que par celui *qui a engagé* ses services. Cette opinion est juste; car l'article 1780 ne dit pas que la *convention* par laquelle quelqu'un engage ses services pour la vie est nulle, mais seulement que l'on *ne peut engager* ses services qu'à temps, c'est-à-dire que celui qui engage ses services pour toujours *n'est pas lié*. Mais le maître, qui prend les services d'un domestique ou d'un ouvrier, *n'engage pas ses services* pour toute sa vie. L'article 1780 ne peut donc être invoqué par lui. Interprétée en ce sens, la disposition de l'article 1780 sauvegarde la liberté individuelle, tout en maintenant la foi des conventions. L'ouvrier ou le domestique engagé, qui veut exécuter son engagement, fait en cela un acte de liberté, d'autant plus qu'il ne dépend que de lui de ne pas l'exécuter. (Troplong, n°s 853-856; Colmet de Santerre, t. 7, n° 230 *bis*, VIII.)

1203. Il suit de là que l'article 1780 n'est pas violé par la convention par laquelle quelqu'un s'engage à garder, sa vie durant, un domestique. C'est une obligation qui consiste à donner ou à faire des prestations en argent ou en nourriture, mais elle n'a pas pour objet des *services* de la part du maître. (Troplong, n° 857.)

1204. Il suit encore de cette solution que lorsqu'un domestique ou ouvrier a engagé ses services pour toute la vie, il peut se départir de son engagement sans payer des dommages-intérêts. Une convention *nulle* dès le principe ne peut produire au-

Digitized by Google

cun effet; son inexécution n'en produit donc pas non plus. (Bordeaux, 23 janvier 1827.) Mais l'ouvrier peut demander le salaire pour le temps pendant lequel il a fourni ses services. Le maître, s'il rompt la convention par laquelle il a accepté l'engagement du domestique de le servir sa vie durant, est tenu aux dommages-intérêts.

II. COMMENT PREND FIN LE LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS.

1205. 1° Si la durée de l'engagement n'est déterminée, ni par convention, ni par l'usage des lieux, ni par la nature de l'entreprise à faire, chacune des parties peut résilier le contrat quand elle veut, en donnant avertissement suivant l'usage des lieux (arg. art. 1736, 1757, 1759). (Paris, 17 août 1872, D., 1873, 5, 310; Cass. fr., 10 mai 1875, D., 1875, 1, 198, et 10 mai 1876, D., 1876, 1, 424.)

2° Si la durée de l'engagement a été fixée, le contrat finit par l'expiration du terme. Ni l'une ni l'autre partie ne peut rompre son engagement avant l'expiration du temps, sans être passible de dommages-intérêts. (Paris, 1er fév. 1873, D., 1873, 2, 166.)

1206. 3° Le contrat finit par l'inexécution de l'engagement de l'une des parties (art. 1741, 1184). Ainsi, le maître peut renvoyer son domestique lorsque ce dernier est incapable de faire son service ou lorsqu'il manque à ses devoirs. Le domestique peut quitter son service si le maître ne lui paye pas ses gages, s'il le maltraite par des voies de fait ou par des injures, ou s'il ne lui fournit pas les choses nécessaires à son entretien, suivant la convention ou l'usage.

4° Par la mort de l'ouvrier ou domestique (art. 1122, 1795).

1207. 5° Par l'impossibilité de faire les services ou les travaux promis. La question de savoir qui doit supporter le cas fortuit lorsqu'il est cause que les travaux ou services ne peuvent pas être fournis ne trouve pas de solution dans le texte de nos lois. D'après le principe adopté pour le louage des choses (article 1722), le locataire ne doit le loyer que lorsque l'usage de la chose lui a été fourni. Si l'usage de la chose est impossible, le contrat se résout; il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts, mais le locataire ne doit plus le loyer. Les auteurs et la jurisprudence

Digitized by Google

appliquent le même principe au louage des travaux et services. (Pothier, n° 169; Duranton, n° 232.)

1208. Le louage des services peut être prolongé par tacite réconduction. La durée de la réconduction est fixée par l'usage des lieux (arg. art. 1759).

III. DES CONTESTATIONS ENTRE LE MAITRE ET LE DOMESTIQUE OU L'OUVRIER (art. 1781).

1209. En **France**, l'article 1781 a été abrogé par la loi du 2 août 1868.

En **Belgique**, un projet de loi portant abrogation de cet article a été proposé par M. le ministre de la justice pendant la session parlementaire de 1866 à 1867 (le 28 novembre 1866); il a été voté par la chambre des représentants, mais rejeté par le sénat.

En cas de contestation entre le maître et l'ouvrier, le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés pour l'année courante (art. 1781). Cette disposition a été empruntée à l'ancienne jurisprudence. (Toullier, X, n° 448.) Elle est exceptionnelle, en ce que le débiteur peut affirmer si et dans quelles limites la dette existe, sans que le demandeur lui *défère* le serment. Le législateur l'a conservée par le motif qu'il a voulu proscrire la preuve testimoniale à cause de ses inconvénients, et qu'il a considéré le maître comme méritant plus de confiance que le domestique. (Séance du conseil d'État du 14 nivôse an XII, n° 4; Locré, p. 355.) Elle déroge aux règles sur la preuve testimoniale, mais non pas aux règles sur la preuve en général. Ainsi, elle n'est pas applicable lorsqu'il y a une preuve par écrit sur les points indiqués dans l'article 1781. Elle n'exclut pas non plus le serment déféré d'office dans le cas de l'article 1367 (*suprà*, t. III, nos 448-451).

L'affirmation dont il s'agit dans cet article est une affirmation *sous serment* (arrêté royal **belge** du 4 novembre 1814).

1210. La disposition étant exceptionnelle, elle doit être strictement renfermée dans son objet. Ainsi, elle n'est pas applicable lorsque la contestation roule non pas sur le *montant* des gages, ou sur le *payement* soit de la totalité, soit des à-compte,

Digitized by Google

mais sur l'*existence même de la convention*. Alors il faut suivre les règles ordinaires sur la preuve. Il en est de même si le débat a pour objet des *prêts* faits par le maître au domestique, ou des *avances* faites par le domestique, ou des *effets* que ce dernier prétend avoir *apportés* dans la maison du maître.

1211. L'article 1781 est applicable lorsque la contestation a lieu entre le maître et les héritiers du domestique, mais non pas entre le domestique et les héritiers du maître (art. 1359), quand même ces héritiers seraient ses enfants, d'autant moins que le fait de la convention ne leur est pas personnel.

1212. L'article 1781 ne s'applique pas aux gens qui exercent des professions libérales, par exemple aux précepteurs, clercs, commis, secrétaires, etc., quand même ils seraient logés et nourris dans la maison de celui qui a pris leurs services en location. Ils ne sont pas, d'après le sens usuel du mot, compris dans la classe des ouvriers ou domestiques. (Troplong, n° 887.)

SECTION II.

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU.

I. A QUELLES PERSONNES S'APPLIQUE CETTE SECTION?

1213. On entend par voiturier en sens général toute personne qui, pour un certain prix, se charge de transporter, en un endroit déterminé, des hommes ou des choses, soit par terre, soit par eau. Les dispositions de cette section s'appliquent donc : 1° aux entrepreneurs de voitures publiques, donc aussi aux administrations des chemins de fer; 2° aux voituriers, rouliers, bateliers, etc., dont la profession consiste à faire habituellement des transports; 3° aux commissionnaires des transports par terre et par eau; 4° aux personnes qui entreprennent accidentellement un transport.

II. DE LA FORMATION ET DE LA PREUVE DU CONTRAT AVEC LE VOITURIER.

1214. Ce contrat peut être formé *expressément* ou *tacitement*. Il est censé tacitement *conclu* lorsque les choses à transporter

Digitized by Google

ont été *remises* au voiturier ou aux personnes qu'il a préposées, soit dans la voiture ou dans le bateau, soit sur le port ou dans l'entrepôt ou dans le bureau à ce destiné (art. 1783). Mais il faut que la chose ait été réellement remise *à une des personnes chargées de la recevoir;* il ne suffit pas qu'elle ait été placée dans le bureau ou dans l'entrepôt.

1215. On s'est demandé si les *domestiques* ou les *conducteurs* des voituriers ont mission pour recevoir les choses? Quant aux domestiques, la plupart des auteurs ne les considèrent pas comme ayant capacité de recevoir les objets. Cependant cela dépend des circonstances; ainsi ils seraient capables pour les recevoir s'ils étaient envoyés par le voiturier pour les prendre à domicile; ils seraient alors *préposés*. Quant aux *conducteurs* des voitures publiques, ils sont, à l'égard des chargements qui s'effectuent pendant la route, les seuls préposés apparents auxquels on puisse s'adresser. Mais il n'en est pas ainsi dans les lieux où il y a des bureaux de réception ou d'inscription. Toutefois, comme ceux qui remettent des objets à transporter ne peuvent pas toujours connaître les personnes ayant mission de les recevoir, on doit facilement présumer que la remise a été faite valablement, si elle a été faite à la personne *fonctionnant* dans les bureaux de l'entrepreneur comme si elle était préposée à la réception.

1216. Quant à la *preuve*, il faut distinguer :

1° La convention a été faite avec un voiturier, un commissionnaire de transport ou un entrepreneur de voitures publiques, enfin avec une personne qui fait du transport sa *profession habituelle*. La preuve testimoniale est admissible contre eux, quelle que soit la valeur des objets remis. Car ils sont commerçants, et le louage de transport constitue, de leur part, un acte de commerce, dont la preuve peut être faite par témoins (C. comm., art. 96-109, 632).

L'obligation que l'article 1785 impose aux entrepreneurs des voitures publiques, de tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent, ne change rien à ces règles. Les registres prouvent contre eux, mais non pour eux. Ce sont des actes unilatéraux, dont l'expéditeur ne peut pas surveiller la régularité, sauf à y ajouter telle importance que de raison lorsque ses registres sont réguliers. La non-inscription au registre

Digitized by Google

n'exclut pas la preuve testimoniale de la remise. (Voy., *suprà*, t. III, nos 338, 339.)

1217. 2° La convention a été faite avec une personne qui ne se charge pas habituellement de ces transports, qui n'est pas commerçante. Il faut appliquer les règles ordinaires du droit civil. La preuve testimoniale ne peut être reçue si l'objet excède la valeur de 150 francs (art. 1341, *suprà*, t. III, n° 381). L'article 1782, d'après lequel les voituriers sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, n'apporte aucun changement à cette règle. Cet article n'assimile les voituriers aux aubergistes qu'à l'égard de la *garde* et de la *conservation* des choses qui leur sont confiées, mais non pas à l'égard de la manière dont le dépôt peut être prouvé. L'article 1950, qui admet la preuve par témoins pour dépôt nécessaire même au delà de 150 francs, n'y est pas applicable. Il n'y a pas identité de raison. Car l'article 1950 est motivé sur ce que les personnes qui font un dépôt nécessaire ne peuvent pas en avoir une preuve par écrit, tandis que chacun peut facilement se faire donner un reçu du voiturier auquel il confie ses objets à transporter.

III. DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DU VOITURIER.

1218. 1° Il doit effectuer le transport dans le délai fixé par la convention, sauf le cas fortuit. Ainsi les compagnies de chemins de fer sont passibles de dommages-intérêts envers les voyageurs qu'elles n'ont pas conduits, à heure fixe, à destination, si ce retard leur cause un préjudice. (Jug. du trib. de comm. de Sens, 5 déc. 1865, B. J., t. 24, 94.) S'il n'exécute pas son engagement, il est passible de dommages-intérêts. S'il ne représente pas les objets qui lui ont été confiés, il doit en payer la valeur intégrale, sauf convention contraire. (Voy. Zachariæ, n° 11.)

1219. 2° L'entrepreneur du transport étant un *conductor operis*, il répond, pour l'exécution de son obligation, de toute faute. Il n'est libéré de son obligation que par la preuve que l'inexécution est arrivée par une cause qui ne lui est pas imputable (*suprà*, n° 1143). Ainsi, lorsque les choses sont perdues ou endommagées, il faut que le voiturier prouve que la perte ou

Digitized by Google

l'avarie est arrivée par cas fortuit, ou par force majeure, ou par le vice propre de la chose, ou par un défaut de soins de la part de l'expéditeur, par exemple par un défaut d'emballage (art. 1784). Le voiturier est aussi responsable du vol, que le vol ait été fait par ses domestiques ou employés, ou par des étrangers. Il n'est pas responsable des vols commis avec force armée ou autre force majeure (art. 1782, 1953, 1954). Pour que le voiturier soit déchargé de son obligation, il faut qu'il fasse la preuve *positive* de l'événement qui a causé la perte ou l'avarie.

Le voiturier serait aussi responsable du cas fortuit lorsque ce cas fortuit n'aurait pas eu lieu sans une faute ou un dol précédent de sa part (*casus culpa determinatus*), par exemple, si, contrairement à la convention, il avait voyagé la nuit, et s'il avait été attaqué par des brigands. (Fr. 11, § 1, D., *locati*, 19, 2; Metz, 18 janvier 1815.)

1220. 3° Quant au *montant* des dommages et intérêts résultant de la perte d'une chose, la preuve et l'évaluation peuvent offrir des difficultés lorsque des effets précieux étaient renfermés dans un paquet ou une malle dont le contenu n'a pas été déclaré. Si la perte de la chose est constante, le juge peut déférer au propriétaire le serment sur la valeur, dans les limites et sous les conditions de l'article 1369. La responsabilité du voiturier ne doit pas être rigoureuse lorsque les objets précieux ne lui ont pas été déclarés. Il n'est tenu d'indemniser le propriétaire que dans la proportion de la valeur d'objets ordinaires.

1221. 4° La contrainte par corps peut être exercée contre le voiturier pour les dommages-intérêts auxquels il a été condamné pour perte ou avaries des choses qu'il s'est chargé de transporter (art. 2060, n° 1, 1782, 1952). Cette disposition est abolie en **France** par la loi du 22 juillet 1867.

En **Belgique**, elle est aussi abolie par la loi du 27 juillet 1871, sauf pour le cas de délit et de quasi-délit commis méchamment ou de mauvaise foi, et seulement pour sommes excédant 300 francs.

1222. 5° En outre des obligations qui précèdent, les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires sont assujettis à des règlements particuliers, qui font la loi entre eux et les autres citoyens (arti-

Digitized by Google

cle 1786). Ces règlements n'ont pas pour objet de régler les rapports résultant du contrat de louage. Ils sont établis dans des vues de sûreté publique. Cependant, les expéditeurs et les voyageurs sont tenus de s'y conformer et d'en souffrir l'exécution, et ils ont action pour en réclamer l'exécution, quand ils y ont un intérêt. (Voy., pour la **France**, les décrets des 30 floréal an XIII; 28 août 1808; 13 août 1810; loi du 25 mars 1817, art. 112; ordonn. des 4 fév. 1820; 27 sept. 1827; 16 juillet 1828; et pour la **Belgique**, les arrêtés des 1er mars et 21 août 1818; 24 novembre 1829; 31 janvier 1838.

1223. Le voiturier a, pour le payement des frais de voiture et des dépenses accessoires, un privilége sur les choses voiturées (code civil, art. 2102, n° 6; loi hyp. **belge** du 16 décembre 1851, art. 20, n° 7). (Voy. *infrà,* n° 1687.)

SECTION III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS (art. 1787-1799.).

I. NOTION.

1224. Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement *son travail* ou son *industrie,* ou bien qu'il fournira aussi la *matière* (art. 1787). Si l'ouvrier fournit la matière, il y a une *vente* d'une chose fongible, régie par les principes sur la vente (§ 4, I., *De locatione*, 3, 25; fr. 65, D., *De contrahenda emptione,* 18, 1; fr. 2, § 1, D., *Locati,* 19, 2; arg. art. 1710). C'est pour ce motif que, si la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose (art. 1788). L'ouvrier reste propriétaire de la chose commandée, jusqu'à ce qu'elle ait été achevée et remise à celui qui l'avait commandée. (Cass. fr., 20 mars 1872, D., 1872, 1, 140.)

1225. Lorsque l'ouvrier fournit en partie le travail et en partie les matériaux, il y a un contrat mêlé de vente et de louage. Ainsi, si un architecte s'est chargé de bâtir une maison et d'en

Digitized by Google

fournir les matériaux, le contrat constitue un louage irrégulier, parce qu'il y a aussi transmission de propriété, en ce que les matériaux employés à la construction deviennent la propriété du maître. (Fr. 22, § 2, D., *Locati*, 19, 2.) Le contrat n'est pas une *vente* dans ce cas, parce que le principal de la construction, qui est le *sol*, a été fourni par le maître.

1226. Les règles contenues dans cette section s'appliquent non seulement au contrat intervenu entre le maître et l'entrepreneur d'un ouvrage, mais aussi aux conventions qui ont lieu entre le principal entrepreneur et les sous-entrepreneurs, tels que maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers, ou entre ces derniers et le maître, lorsqu'ils font directement des marchés à prix fait; ils sont alors entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent (art. 1799).

II. EFFETS DE CES CONTRATS.

A. *Pour l'entrepreneur* (conductor operis).

1227. 1. L'entrepreneur est obligé d'exécuter l'entreprise dans le temps convenu et de le bien faire, conformément à la convention, de manière qu'elle soit trouvée bonne par des experts à l'approbation desquels elle pourra être soumise. Il peut la faire exécuter par d'autres personnes, à moins que le contrat n'ait été fait avec lui en considération de son talent personnel. Il répond de toute faute, tant pour lui-même que pour les personnes qu'il emploie (art. 1789, 1797), c'est-à-dire si l'ouvrage vient à périr par sa faute, il supporte non-seulement la perte de son travail et des matériaux, s'il les a fournis, mais il est encore tenu des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation. Si les matériaux ont été fournis par le maître et qu'ils ne puissent plus servir, l'ouvrier doit les payer.

1228. 2. Quant à la question de savoir qui doit supporter le dommage, lorsque l'ouvrage vient à périr par *cas fortuit*, il faut distinguer :

A. L'ouvrier fournit la matière, il y a vente, et la chose est aux risques de l'ouvrier jusqu'à la livraison, ou jusqu'à ce qu'elle ait été agréée par le maître (*Suprà*, n° 1224.) S'il s'agit d'un ouvrage

Digitized by Google

à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification ou l'acceptation peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait (art. 1791). Des à-compte, payés pendant la durée de l'ouvrage, sans imputation spéciale à certaines parties terminées de l'ouvrage, ne feraient pas présumer la vérification.

1229. *B.* L'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie.

1. La chose vient à périr *après* la réception, soit en tout, soit en partie ; la perte est pour le maître (art. 1791).

2. L'ouvrage périt avant l'approbation ou la réception; l'ouvrier ne peut réclamer aucun salaire (art. 1790). Le code a suivi la doctrine de Pothier, n° 436, lequel, par suite d'une interprétation erronée, s'écarte du droit romain. En effet, d'après les fr. 36, 37 et 59, D., *Locati,* 19, 2, l'entrepreneur n'a pas de salaire à réclamer si l'ouvrage a péri avant l'approbation du maître; au contraire, n'ayant pas exécuté son obligation, il est en faute et doit encore des dommages-intérêts au maître. Mais, s'il peut prouver que l'ouvrage a péri par cas fortuit, qu'il était bon et que le maître aurait dû le recevoir, il a droit au payement.

Aujourd'hui, c'est encore à l'entrepreneur de prouver que l'ouvrage a péri par cas fortuit; sinon il peut être passible de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de son obligation. (Cass. fr., 3 mars 1869, D., 1869, 1, 334; Grenoble, 18 juin 1869, D., 1870, 2, 149.)

1230. Si l'ouvrage périt, même *avant* la réception, par suite de la faute du maître, l'entrepreneur a droit au payement de ce qu'il a fait, quand même l'ouvrage serait inachevé. Donc il peut demander payement : si le maître est en demeure de recevoir l'ouvrage, ou si l'ouvrage a péri par vice des matériaux fournis par le maître (art. 1788, 1790). Cependant, le maître ne doit pas le salaire, s'il prouve que l'ouvrage était défectueux, et qu'il n'aurait pas été obligé de le recevoir.

Toutefois, si l'ouvrier avait, par suite de son état, dû connaître le vice de la matière, et qu'il n'en eût pas averti le propriétaire, il serait lui-même responsable (arg. art. 1792). (Rapport au Tribunat, n° 19, Locré, p. 442-444.)

Digitized by Google

Il faut combiner les articles 1788-1790, pour décider les questions dans le cas où la matière est fournie *en partie* par le maître et *en partie* par l'ouvrier. Si alors la chose vient à périr par cas fortuit *avant la réception*, il n'y a lieu à aucune indemnité de part ni d'autre. .

1231. 3. Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans (art. 1792). Cette disposition a pour source la loi 8, C., *De operibus publicis*, 8, 12, qui astreint les entrepreneurs de travaux publics à une responsabilité de quinze ans. La même garantie fut étendue à toutes espèces d'entreprises et limitée à dix ans par l'ancienne jurisprudence. (Troplong, *Louage*, n° 1008.)

1232. La règle de l'article 1792 a été diversement interprétée. Quelques auteurs l'entendent ainsi : l'action en indemnité que le propriétaire a contre l'entrepreneur se prescrit par dix ans à partir du *jour de la perte de l'édifice*. (Duvergier, IV, n° 360.) Suivant d'autres, le propriétaire est, après l'expiration du délai de dix ans *à compter du jour de la construction*, non recevable à se plaindre de la ruine *survenue pendant ce délai*, de sorte que l'action pourrait ne durer que très peu de temps si l'édifice croulait, par exemple, peu de jours avant l'expiration des dix ans.

L'ancienne jurisprudence, le texte de l'article 1792 et surtout de l'article 2270 prouvent que ces interprétations sont erronées. La garantie dure dix ans, c'est-à-dire l'architecte et l'entrepreneur sont responsables que, pendant dix années à compter *de la réception ou du jour où la réception aurait dû être faite*, le bâtiment ne s'écroulera pas. Ce délai passé, ils sont déchargés de leur obligation, ou plutôt ils ont tenu ce à quoi la loi les obligeait. Mais, si dans le délai de dix ans le bâtiment s'écroule, l'action en dommages et intérêts est née contre l'entrepreneur et l'architecte, et cette action a alors la durée ordinaire de trente ans. (Colmet de Santerre, n° 245 *bis*, IV-XIII; Laurent, XXVI, n° 58.)

1233. L'architecte et l'entrepreneur sont responsables : 1° du vice du sol, parce qu'ils doivent remédier à ce vice, s'il existe, ou bien avertir le propriétaire que la construction n'aura pas de solidité, ainsi que des vices des matériaux (Liége, 14 décembre

Digitized by Google

1878, B. J., t. 37, 3; P., 1879, 70); 2° du vice de la construction et aussi du vice du plan, lors même qu'ils auraient prévenu le maître du danger de la construction. (Paris, 25 février 1868, D., 1868, 2, 160; Lyon, 6 juin 1874, D., 1875, 2, 119.) Duranton, n° 255, n'admet pas cette thèse, mais à tort. Il est vrai que le projet primitif ne contenait aucune disposition à ce sujet, mais qu'il exemptait l'architecte de sa responsabilité à raison du vice du sol, s'il avait fait au maître des représentations convenables pour le dissuader d'y bâtir. Ce projet a été modifié par l'observation de plusieurs cours d'appel et de plusieurs conseillers d'État, par le motif que l'architecte ne doit pas suivre les caprices d'un propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle en même temps que la sûreté publique. (Séance du conseil d'État du 14 nivôse an XII, n°s 16-19, Locré, p. 362-366; Troplong, n°s 995, 996.)

3° Les architecte et entrepreneur répondent aussi des conséquences de l'inobservation des règlements publics; par exemple si le propriétaire est obligé à démolir pour ne pas avoir observé les règlements sur l'alignement, l'architecte et l'entrepreneur sont responsables.

L'article 1792 dit que *les architecte et entrepreneur* sont responsables. L'architecte peut être en même temps entrepreneur, alors la même personne porte la double responsabilité. Comment cette responsabilité doit-elle être réglée? La tâche de l'architecte n'est pas la même que celle de l'entrepreneur.

Mais en dehors de ce cas (voy. *suprà*, 2), on ne peut pas admettre la solidarité, ainsi que l'a décidé Cass. fr., 25 mars 1874 (D., 1874, 1, 285); car cette solidarité n'est pas établie par la loi (code civil, art. 1202). Il faut dire plutôt que la mission de l'architecte étant distincte de celle de l'entrepreneur, chacun d'eux répond des fautes commises et des omissions dans l'accomplissement des obligations que lui impose la nature de ses fonctions ou sa convention avec le maître. (Laurent, XXVI, n° 38.)

C'est par application de cette règle qu'il a été jugé : 1° que la responsabilité du défaut de solidité d'une maison incombe *exclusivement* à l'architecte, et non à l'entrepreneur qui a travaillé sur les plans et sous la direction de l'architecte, alors que les travaux et les matériaux sont irréprochables (Rennes, 9 avril 1870,

Digitized by Google

D., 1872, 2, 110); 2° que l'architecte chargé de dresser le plan des travaux de construction et de les vérifier une fois terminés, n'est pas responsable des malfaçons commises par l'entrepreneur (Cass. fr., 5 février 1872, D., 1872, 1, 246); 3° que l'architecte est responsable du dommage causé par les travaux dont il a la direction, alors même que ce dommage provient du fait de l'entrepreneur, s'il dépendait de lui, architecte, de l'empêcher par une surveillance plus exacte (Cass. fr., 25 mars 1874, D., 1874, 1, 285); 4° que l'entrepreneur qui agit sous la direction de l'architecte n'est pas responsable de l'emploi de matériaux qui sont étrangers à sa pratique habituelle. (Lyon, 4 juin 1874, D., 1875, 2, 119.)

1234. L'article 1792 forme une exception à l'article 1790. Ce dernier renferme la règle générale, que l'ouvrier est déchargé de sa responsabilité à partir du jour de la réception. L'article 1792 est spécial aux constructions, mais seulement aux édifices et aux gros ouvrages. (Cass. fr., 24 janvier 1875, D., 1876, 1, 262.) Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'ouvrage soit *à prix fait*. (*Contrà*, Cass. fr., 24 novembre 1875, D., 1877, 1, 30.) La responsabilité de l'article 1792 existe aussi dans le cas où l'architecte s'est chargé de la confection ou de la direction des travaux à d'autres conditions. « La vérification et l'approbation qui en est la suite ne portent que sur les proportions et le plan; quand ils ont été suivis, le propriétaire est obligé de payer; mais il ne perd pas le droit de se pourvoir contre l'architecte pour les vices cachés de construction », disait Treilhard au conseil d'État, n° 17 (Locré, p. 363).

La réception de l'édifice construit à prix fait forme une approbation directe, bien que tacite, de cette construction et emporte reconnaissance, par le propriétaire, que l'édifice est construit conformément aux conditions arrêtées entre lui et le constructeur. Mais cette approbation présumée ne frappe que sur les parties extérieures et apparentes de la construction et ne s'étend pas aux vices cachés qui peuvent l'affecter. A l'égard de ces vices, l'article 1792 maintient la responsabilité de l'architecte pendant dix ans. (Gand, 12 août 1864, B. J., t. 23, 919; Rennes, 20 avril 1875, D., 1877, 2, 172.)

Digitized by Google

B. *Pour le maître de l'ouvrage* (locator operis).

1235. 1. Il doit payer le prix convenu; il ne peut être obligé à payer au delà. Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, *il ne peut demander aucune augmentation* de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations *n'ont pas été autorisés par écrit,* et le prix convenu avec le propriétaire (art. 1793). Cette disposition est une innovation du code, motivée sur l'expérience trop souvent faite que les architectes ou entrepreneurs suggèrent au propriétaire l'idée de faire des changements au plan adopté, et quelque légers que soient ces changements, ils soutiennent que le devis se trouve annulé. (Rapport au Tribunat, n° 19; discours du tribun Jaubert au Corps législatif, n° 12, Locré, p. 444 et 462.)

1236. L'article 1793 déroge à l'article 1341 sur la preuve testimoniale. L'entrepreneur ne peut réclamer aucune augmentation de prix, sous prétexte de changements ou d'augmentations faits sur le plan, s'il ne fournit pas la preuve *par écrit* des changements et augmentations. Il ne peut même pas déférer au propriétaire le serment sur l'existence de cette convention. Mais une fois *le fait de cette convention prouvé,* l'entrepreneur peut faire la preuve du prix des augmentations par les moyens ordinaires de preuve; par témoins, si la chose n'excède pas 150 francs, ou par serment. Le prix ne doit pas nécessairement être fixé par écrit. Le texte de l'article 1793 prescrit seulement que les *changements du plan* aient été autorisés par écrit. Mais il est nécessaire que le prix ait été *conventionnellement stipulé* entre l'entrepreneur et le maître. Le premier ne pourrait pas, à défaut de convention, demander à faire estimer les travaux par experts. (Troplong, nos 1017-1020.)

1237. L'article 1793 ne s'applique pas au cas où le propriétaire a fait bâtir sans stipuler un prix à forfait.

Il ne doit pas non plus être appliqué au cas où l'exécution du

Digitized by Google

plan, sans aucun changement, a rencontré des difficultés extraordinaires et nécessité des travaux imprévus; par exemple, si, en creusant les fondations d'une maison, on trouve d'anciennes constructions à démolir. L'architecte peut répéter contre le maître le prix de ces travaux. (Jurisprudence constante; voy., par exemple, Paris, 13 mai 1865, D., 1874, 2, 182; Rouen, 29 janvier 1868, D., 1874, 2, 182; Nîmes, 25 mars 1873, D., 1874, 1, 330; Cass. fr., 23 juin 1873, D., 1874, 1, 332.)

1238. 2. Le maître de l'ouvrage est obligé non seulement envers le principal entrepreneur, mais aussi envers les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou autres ouvrages faits à l'entreprise, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée (art. 1798). Ces ouvriers ont aussi, sur la valeur des constructions, un privilége jusqu'à concurrence de leurs créances (art. 2103, n° 4; loi hyp. belge, art. 27, n°s 5, art. 38). Les ouvriers ont contre le maître une action directe; ils agissent contre lui *jure proprio,* et non en vertu de l'article 1166 comme exerçant les droits du principal entrepreneur. (Comparez, *suprà,* n° 1153.)

L'article 1798 consacre une exception en faveur des *ouvriers* proprement dits, dont il a pour objet de garantir le salaire; il ne peut être invoqué par des sous-entrepreneurs qui, dans une pensée de spéculation commerciale, font travailler pour leur propre compte; ceux-ci n'ont pas d'action directe contre le propriétaire pour le compte duquel les travaux ont été faits. (Paris, 27 juillet 1867, D., 1867, 2, 167; Cass. fr., 11 novembre 1867, D., 1867, 1, 444, et 14 juillet 1868, D., 1871, 5, 251; Lyon, 18 décembre 1878, D., 1879, 2, 113; La Haye, 19 mai 1879, B. J., t. 37, 881).

III. COMMENT FINIT CE CONTRAT.

1239. Ce contrat finit comme finit en général le contrat de louage, et, en outre, pour les causes suivantes :

1. Par la mort de l'ouvrier, architecte ou entrepreneur (article 1795). La résolution du contrat a toujours lieu de plein droit à l'égard *des deux parties;* d'après l'ancienne jurisprudence, la résolution n'était admise que si la considération du talent de l'ou-

Digitized by Google

vrier avait été le principal motif de la convention. (Pothier, n°s 453-455.) Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles (art. 1796).

Le louage d'ouvrage n'est pas dissous par la mort du maître.

2. Par la volonté du maître. Le maître peut résilier, *par sa seule volonté*, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise (art. 1794). Le motif de cette disposition, c'est que la position ou l'état des affaires du maître peut changer au point qu'il ne puisse plus se servir de l'ouvrage, ou qu'il n'ait plus les moyens de faire face à la dépense. Il peut discéder de la convention, pourvu qu'il indemnise l'ouvrier. (Pothier, n° 440.)

CHAPITRE IV.

DU BAIL A CHEPTEL. (ART. 1800-1831.)

SECTION PREMIÈRE.

NOTION, INTRODUCTION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1240. Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ou établies par la loi (art. 1800, 1803).

Le terme *cheptel, chetel* ou *chaptel* dérive de *capitale, captale* ou *catallum*, qui, dans la latinité du moyen âge, signifiait toute sorte de biens meubles et spécialement le gros et le menu bétail. Ce mot désigne quelquefois le *contrat même*, quelquefois le *troupeau* donné à cheptel.

Le bail à cheptel, qui n'était pas inconnu en droit romain, comme le démontrent les lois 8, C., *De pactis*, 2, 3 et le fr. 52,

Digitized by Google

§ 2, D., *pro socio*, 17, 2, était très usité dans quelques contrées régies par le droit coutumier, et particulièrement dans la Bretagne, le Bourbonnais, le Nivernais, le Berry. Les coutumes de ces trois dernières contrées et celle de Bergerac renfermaient des dispositions relatives au cheptel, et c'est dans ces coutumes, ainsi que dans le *Traité des cheptels*, par Pothier, qu'ont été puisées les règles du code. (Rapport au Tribunat par Mouricault, n° 21, Locré, XIV, 446-447.) Le bail à cheptel est peu usité en Belgique.

1241. Le cheptel est un contrat mixte, qui participe du louage et de la société. « C'est un bail de choses qui participe du bail à ferme, en ce que ces choses produisent des fruits naturels; il participe aussi du bail d'ouvrage, en ce qu'il a pour objet en partie les soins réels que le preneur est tenu de donner à la chose; enfin, il devient un vrai contrat de société, quand le troupeau est fourni moitié par le bailleur et moitié par le preneur. C'est par ces motifs qu'il a fallu faire du bail à cheptel l'objet d'un chapitre à part. » (Rapport au Tribunat, n° 20, Locré, p. 446.)

Aussi remarque-t-on que la définition donnée dans l'article 1800 est peu précise, qu'elle s'écarte de la définition du louage, et qu'elle peut s'adapter à diverses espèces de cheptel définies plus spécialement par la loi, et dont les effets particuliers seront exposés ci-dessous.

On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce (article 1802).

1242. Il y a plusieurs sortes de cheptel : le cheptel simple ou ordinaire, le cheptel à moitié, et le cheptel donné au fermier ou colon partiaire.

Il y a encore une quatrième espèce de contrat improprement appelé *cheptel*.

Digitized by Google

SECTION II.

DU CHEPTEL SIMPLE.

I. NOTION.

1243. Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel l'une partie donne à l'autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît et qu'il supportera aussi la moitié de la perte (art. 1804). Il profite aussi de la moitié de la laine, mais il profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel (art. 1811, alinéas 5 et 6). Ces deux derniers points peuvent être modifiés par convention; mais on ne peut stipuler que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute, ou qu'il supportera dans la perte une part plus grande que dans le profit, ou que le bailleur prélèvera, à la fin du bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni. Toute convention semblable *est nulle,* parce que les fermiers à cheptel sont souvent des gens pauvres et ignorants, qui, dans l'espoir d'avoir un troupeau, pourraient consentir à des charges trop onéreuses (art. 1811).

Aucune forme déterminée n'est prescrite pour la validité de ce contrat.

Il faut qu'au moment de la remise du cheptel il en soit fait une estimation, pour qu'à l'expiration du bail on puisse savoir si la valeur en a été augmentée ou diminuée (art. 1805).

Ce contrat n'est pas un louage proprement dit; il y a, entre le bailleur et le preneur, une espèce de société; mais l'association n'est que secondaire, c'est, en quelque sorte, un supplément au prix du bail. (Rapport au Tribunat, n° 21, Locré, 447.)

II. EFFETS DE CE CONTRAT.

1244. 1° Quant au *bailleur,* il doit délivrer les animaux donnés à cheptel et en faire jouir le preneur. Pendant la durée du

Digitized by Google

cheptel il ne peut disposer, sans le consentement du preneur, d'aucune des têtes du troupeau.

L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail (art. 1805).

1245. 2° Quant au *preneur*, il doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel. Il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée (art. 1806, 1807). Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes (art. 1809). Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur. S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel (art. 1810.)

En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur (art. 1808).

Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur (article 1812).

Il ne peut tondre, sans en prévenir le bailleur (art. 1814).

Si le preneur ne remplit pas ses obligations, le bailleur peut demander la résolution du contrat (art. 1816).

1246. 3° S'il n'y a pas de temps fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fait pour trois ans (art. 1815).

1247. 4° A la fin du bail, ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel. Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence de la première estimation : l'excédant se partage. S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte (art. 1817).

1248. 5° Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit (art. 1813). Lorsqu'il s'agit de choses valant plus de 150 francs, cette notification ne peut être suppléée par une

Digitized by Google

preuve testimoniale, pour établir que le propriétaire de la ferme a su que le bétail a été donné à cheptel par autrui. (Liége, 8 avril 1865, P., 1865, 154.)

SECTION III.

DU CHEPTEL A MOITIÉ.

1249. Le cheptel à moité est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la *moitié* des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte (art. 1818). Ainsi, ce contrat diffère du cheptel *simple* en ce que chaque partie fournit la *moitié* des bestiaux, et c'est pour ce motif qu'il en supporte les risques pour moitié.

1250. Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes. Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît. Toute convention contraire est nulle, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire (article 1819) ; parce que, dans ce dernier cas, le bailleur fournit le logement et la nourriture à la partie du troupeau qui appartient au preneur. (Rapport au Tribunat, n° 21, Locré, p. 450.)

Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié (art. 1820).

SECTION IV.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

I. DU CHEPTEL DONNÉ AU FERMIER.

1251. Ce cheptel, aussi appelé *cheptel de fer,* ou de *bêtes de fer* (*contractus socidæ*) est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail,


Digitized by Google

le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus (art. 1821). Ce cheptel est appelé *de fer,* parce que le bétail qui en est l'objet est comme enchaîné à la ferme.

Comme dans le cheptel simple, le troupeau entier est fourni par le bailleur; l'estimation n'en transfère pas la propriété au fermier (Bourges, 17 déc. 1868, D., 1869, 2, 47); mais elle le met à ses risques; la perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier, s'il n'y a convention contraire (art. 1822, 1825).

De l'autre côté, tous les profits quelconques du troupeau appartiennent au fermier pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire (art. 1823). Ces conventions dérogatoires sont licites, parce qu'elles sont censées faire partie du prix du bail du fonds. (Rapport au Tribunat, n° 21, Locré, p. 450.) Toutefois, le fumier n'entre point dans les profits *personnels* du preneur, mais il appartient à la *métairie,* à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé (art. 1824).

1252. A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire; il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu.

S'il y a du déficit, il doit le payer, et c'est seulement l'excédant qui lui appartient (art. 1826).

II. DU CHEPTEL DONNÉ AU COLON PARTIAIRE.

1253. Ce cheptel est soumis à toutes les règles du cheptel simple, sauf les modifications suivantes. Parce que le bailleur fournit le logement et la nourriture au cheptel, il est permis de stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire; que le bailleur aura une plus grande part du profit; qu'il aura la moitié des laitages. Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte (art. 1830, 1828). Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur (art. 1827).

1254. Ce cheptel finit avec le bail de la métairie (art. 1829).

Digitized by Google

SECTION V.

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

1255. Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent (art. 1831). Celui qui loge et nourrit les vaches reçoit, pour prix de ses soins, le laitage et le fumier.

TITRE IX.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

1256. La principale, et on peut dire l'unique source de ce titre est le droit romain, et spécialement le *Traité du contrat de société*, par Pothier.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I. NOTION DE LA SOCIÉTÉ.

1257. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue d'acquérir des droits en commun. La définition de l'article 1832 du code ne diffère de celle qui précède que parce qu'à la place des mots *d'acquérir des droits*, elle dit : *de partager le bénéfice qui pourra en résulter*. Il ne faut pas prendre le mot *bénéfice* dans son sens vulgaire. Si l'on entend ce mot dans le sens de

Digitized by Google

droit, la définition est exacte. Le but des associés est d'*acquérir des droits en commun*. Or, on peut dire que tout droit est un bénéfice.

Ainsi, les assurances mutuelles contre l'incendie sont des sociétés. Le droit d'être indemnisé en cas de sinistre, qui en résulte pour chacun des assurés, est un *bénéfice*. (Paris, 25 mars 1873, D., 1875, 2, 17.) De même, plusieurs personnes qui achètent un terrain pour empêcher qu'un autre ne leur ôte la vue en y élevant des constructions, acquièrent un droit, donc un bénéfice en commun, et il y a société entre elles. Quand même on ne voudrait pas considérer de semblables conventions comme des sociétés, ils seraient des contrats innomés (art. 1107), qui devraient être jugés par analogie, d'après les principes de la société. (Aix, 20 mars 1873, D., 1874, 2, 138.)

1258. La société est un *contrat synallagmatique et consensuel*. C'est ce caractère qui la distingue de la simple communauté d'intérêts fortuite (*communio incidens*), laquelle est considérée comme un quasi-contrat en droit romain. Cette dernière peut naître *sans la volonté* des communistes; par exemple, lorsque plusieurs personnes sont appelées ensemble à une succession ou à un legs, il se forme entre elles une indivision; il en est de même, lorsque plusieurs matières appartenant à différents propriétaires ont été mélangées et qu'elles ne peuvent pas être séparées (art. 573).

II. CONDITIONS REQUISES.

A. *Quant aux personnes.*

1259. Pour contracter une société, il faut avoir la capacité de contracter conformément aux principes généraux exposés t. III, n° 31, et t. I, n°s 771 et suiv. et n°s 816 et suiv.

B. *Quant à l'objet.*

1260. En analysant le contrat de société, on trouve qu'il a trois objets : 1° le *but* ou le *résultat* même que les associés veulent atteindre; 2° les *moyens* mis en commun pour atteindre ce but; et 3° la *communauté* d'intérêt pour tous les contractants. Ce

Digitized by Google

trois points sont donc l'objet du contrat de société. Examinons-les successivement.

1261. 1° Toute société doit avoir un *objet* ou un *but licite* (art. 1833, 1133, t. III, n° 33). Si les opérations étaient défendues par la loi ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, le contrat de société serait nul; par exemple, une société pour le vol en compagnie, pour la contrebande.

Dans ce cas, le contrat, étant *nul*, ne produit pas d'action. Aucun des associés ne peut agir contre l'autre, ni pour le faire contribuer aux pertes qu'il aurait éprouvées, ni pour réclamer lui-même sa part dans les bénéfices qu'il aurait faits (*In pari turpitudine melior est causa possidentis*). (Laurent, t. XXVI, n° 165.)

Cependant, celui qui aurait confié sa mise à un autre serait autorisé à la répéter contre lui, jusqu'à concurrence des valeurs non absorbées par les opérations sociales. Car ce dernier la détiendrait *sans cause* (*sine causa*). Le principe de la *compensation* de dol (*dolus cum dolo compensatur*), sur lequel s'appuient les partisans de l'opinion contraire, n'est pas admis d'une manière générale par le code.

1262. La société contractée pour faire le commerce de contrebande en pays étranger est-elle valable? Il faut distinguer. S'il existe un traité par lequel notre pays et le pays étranger se sont engagés à prévenir ou à réprimer la fraude qui se commet sur la frontière dans l'un et l'autre pays, une semblable convention est nulle, comme contraire aux lois de *notre* pays. Mais s'il n'y a pas de traité en ce sens, la convention est valable. Car elle n'est pas contraire aux lois de *notre* pays, et elle n'est pas immorale par cela seul qu'elle contrevient à une loi douanière étrangère, les lois de cette espèce ayant un caractère tout à fait positif et indépendant de la morale.

1263. 2° Chaque associé doit contribuer à produire le résultat qui est le but de la société; il doit y faire un *apport*. Les apports des différents associés peuvent consister en choses de nature et de valeur différentes; par exemple : l'un met de l'argent, l'autre des immeubles, un troisième son industrie. Le contrat qui dispenserait l'un des associés *de tout apport* et qui lui donnerait une part des avantages ne serait pas, à son égard, une société, mais une *donation*, dont la validité doit être jugée

Digitized by Google

d'après les principes sur les donations. C'est une donation de biens *présents*, et non pas de biens à venir, comme le croit Pothier, n° 55.

L'apport doit consister en choses qui sont dans le commerce. Le contrat est nul si l'apport consiste dans une industrie illicite.

1264. L'apport du *crédit* d'une personne peut constituer une mise sociale. On entend ordinairement par crédit la protection d'une personne puissante par son influence ou ses fonctions, qui favorise la société par des moyens peu avouables et dont l'honnêteté est souvent douteuse. Si l'apport du crédit est entendu en ce sens, la convention est nulle, parce qu'elle est illicite ou immorale. (Exposé de motifs, n° 9; discours au Corps législatif, n° 6, Locré, XIV, 522, 550.) Si, au contraire, l'influence s'exerce par l'emploi licite et honnête de l'activité de l'un des associés, ce n'est plus un apport de crédit, c'est un apport de *travail*. (Pothier, *Société*, n° 10; Laurent, t. XXVI, n° 143.) Voici un exemple d'un véritable apport de crédit.

Deux personnes peu connues forment une société qui a besoin d'un grand crédit; elles s'en adjoignent une troisième qui, en réalité, n'apporte ni capital ni industrie, mais dont le nom seul ouvre à la société des crédits considérables. Les deux premiers assurent à ce dernier une part dans les bénéfices. Une semblable convention est valable. Car le crédit est utile à la société; c'est une valeur, et celui qui a donné son nom à la société encourt, par cela seul, une responsabilité envers les tiers. (Troplong, *Société*, n° 114-116.)

1265. 3° La société doit être contractée pour l'*intérêt commun* des parties (art. 1832, 1833, alin. 1). Il faut nécessairement que chaque associé *participe aux bénéfices* ou aux droits acquis en commun. Aucun d'eux ne doit en être exclu (art. 1855). Ainsi il ne peut pas être stipulé que l'un des associés aura tous les bénéfices (*société léonine*), ni que l'un des associés n'aura aucune part dans les bénéfices, ni que l'un des associés ne fera pas d'apport, mais qu'il est chargé des pertes en tout ou en partie, sans avoir aucune part dans les bénéfices, ni que celui qui fait un apport supportera *seul* les pertes. Mais les bénéfices peuvent être stipulés inégaux (art. 1853, 1854). (Grenoble, 20 janvier 1870, D., 1871, 2, 76; Cass. fr., 8 janv. 1872, D., 1872, 1, 194.)

Digitized by Google

C. *Quant au consentement et à la forme.*

1266. La société étant un contrat consensuel se forme par le seul consentement, conformément aux principes généraux, et n'exige aucune forme pour sa validité. Elle peut être conclue *verbalement* ou *par écrit,* sauf les dispositions sur les sociétés commerciales (code de comm., art. 39, 41, 42, et la loi belge du 18 mai 1873, relative aux sociétés commerciales, art. 4-13). La société peut même s'établir *tacitement;* par exemple, plusieurs personnes achètent ou louent ensemble une chose, dans le but de l'employer à un intérêt commun et de partager les bénéfices qu'elles en retireront. Mais il faut que leur intention résulte clairement de certains faits posés.

Le code ne reconnaît plus les sociétés universelles tacites (*sociétés taisibles*) qui, dans plusieurs coutumes, se formaient de *plein droit* entre certaines personnes par la vie commune ou *à pot commun* pendant l'an et jour, et qui existaient encore à l'époque de la publication du code (*copersonniers,* dans le Berri). (Pothier, *Société,* n° 79; Rapport au Tribunat, n° 5; discours au Corps législatif, n° 7, Locré, p. 532, 550.)

1267. L'article 1834 dit : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. » Cette disposition ne soumet pas la *validité même* de la société à la condition *d'être rédigée par écrit,* quelle qu'en soit la valeur; elle contient seulement une règle sur la *preuve* en reproduisant l'article 1341, et en l'appliquant à la société. De là il suit que tous les autres moyens de preuve, à l'exception de la preuve par témoins, sont admissibles pour établir l'existence de la société, encore que l'objet excède 150 francs, par exemple le serment. (Orléans, 26 août 1869, D., 1869, 2, 185.) Il suit encore de là que la disposition des articles 1341 et 1834 est limitée par les articles 1347 et 1348. (Exposé de motifs, n° 4, Locré, XIV, 518.)

Digitized by Google

1268. Que doit-on entendre par *objet de la société* dans l'article 1834? C'est la *somme totale des mises apportées*. Si l'apport de tous ou de quelques-uns consiste en *industrie*, il faut l'évaluer et examiner si l'ensemble des apports excède 150 francs ou non.

Suivant Duranton, n° 343, il faut entendre par *objet* de la société le *montant de ce que prétend le demandeur*, à la dissolution de la société, soit dans les mises, soit dans les bénéfices. Cette interprétation est contraire aux termes de l'article 1834, qui dit *leur objet*, donc l'objet des *sociétés*. Ensuite, la question de savoir quel genre de preuve serait admis ne se déciderait pas, comme il faut le faire, d'après le commencement du contrat, mais d'après l'éventualité des bénéfices. Les associés ne pourraient pas savoir, au commencement du contrat, de quelle espèce de preuve ils devraient s'assurer, car les bénéfices sont incertains et éventuels. (Conf. Laurent, t. XXVI, n° 174.)

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

1269. Les sociétés sont *universelles* ou *particulières* (art. 1835).

SECTION PREMIÈRE.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

1270. On distingue *deux* sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents, et la société universelle de gains (art. 1836).

I. DE LA SOCIÉTÉ DE TOUS BIENS PRÉSENTS.

1271. La société de tous *biens présents* est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeu-

Digitized by Google

bles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de *gains;* mais les biens qui pourraient leur avenir par *succession, donation ou legs* n'entrent dans cette société que pour la *jouissance;* toute stipulation tendante à y faire entrer la *propriété* de ces biens est prohibée, sauf entre époux (art. 1837, et t. III, n° 866). Elle est *moins* étendue que la société universelle de gains, en ce que les *produits de l'industrie* des associés ne tombent pas de plein droit dans la société, mais seulement en vertu d'une stipulation particulière (art. 1838.)

Par *biens présents* on entend ceux dont le titre d'acquisition (par exemple s'il est conditionnel) existe au moment de la formation de la société. Le terme *biens à venir,* que l'article 1837 exclut de la société, comprend les meubles et les immeubles.

Les biens possédés par les associés sont présumés communs jusqu'à la preuve contraire (arg. art. 1402, 1499).

1272. Quel est l'effet de la stipulation de faire entrer dans la société la propriété des biens à venir? Suivant Duranton, n° 350, et Zachariæ, § 379, *cette clause seule* est nulle, mais elle n'entraîne pas la nullité du contrat de société tout entier. *Utile per inutile non vitiatur*. Selon Duvergier, n° 103, et Troplong, n° 276, la *société* doit être annulée tout entière, car toutes les parties de cette convention s'enchaînent les unes aux autres; l'une a été déterminée par l'autre; on ne peut donc pas les scinder sans contrarier l'intention des parties. Cette opinion est juste et s'accorde bien avec le texte : *toute stipulation qui tend à faire entrer,* etc. D'ailleurs, si la société était valable, elle tournerait précisément au préjudice de l'associé qui aurait mis en commun ses biens présents, et au profit de celui qui aurait promis d'apporter ses biens futurs, ce que la loi veut empêcher. De plus, ce serait une société sans cause. L'engagement de l'un, en vue duquel l'autre aurait contracté le sien, ferait défaut.

1273. La société est de plein droit chargée des *dettes* des associés existant au jour du contrat, ainsi que des charges dont leurs biens sont grevés, sans distinction de leur origine et de leur nature. Elle est aussi tenue de l'entretien et des grosses réparations des biens, elle en est propriétaire. Elle supporte les intérêts et arrérages des dettes grevant les biens à venir (arg.

Digitized by Google

art. 1409). La société supporte les dettes faites dans son intérêt, et, si elle comprend *toute espèce de gains*, elle supporte aussi les dépenses d'entretien, de nourriture et d'éducation de la famille des associés. (Fr. 73, § 1, fr. 27, D., *pro socio*, 17, 2.)

1274. Le code a proscrit les sociétés *universorum bonorum* du droit romain, qui comprenaient tous les biens présents et futurs, et généralement tout ce que les associés acquéraient d'une manière quelconque et dont les Romains disaient : *Societas jus quodammodo fraternitatis in se habet*, fr. 63, D., *pro socio*, 17, 2. Les motifs de cette défense, qui se trouvait déjà dans l'ordonnance de 1731 sur les *donations*, sont : l'incertitude et l'inégalité éventuelle des mises, les fraudes et les captations auxquelles elles pourraient donner lieu, parce qu'on contracte sans connaissance de cause; la facilité avec laquelle on aurait pu éluder les dispositions sur les donations et sur les avantages défendus. (Exposé des motifs, n° 7. Rapport au Tribunat, n° 6, Locré, p. 521, 533.)

II. DE LA SOCIÉTÉ UNIVERSELLE DE GAINS.

1275. La société universelle de *gains* renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société; les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement (art. 1838). Cette société est plus étendue que la première, en ce qu'elle comprend *de plein droit* tous les *gains* que les parties feront par leur industrie; elle est moins étendue, en ce qu'elle ne comprend pas la propriété des immeubles présents. Ce qui n'est pas *acquêt* (art. 1499), par exemple les dons de la fortune, n'y entre pas. Mais les parties peuvent y faire entrer toute espèce de gains, même ceux qui ne sont pas acquêts proprement dits. Les meubles et immeubles qui adviennent aux associés par *donation* ou *succession* n'entrent dans cette société que pour la jouissance (arg. art. 1499, 1837).

1276. Cette société est chargée des intérêts de toutes les *dettes* présentes et des intérêts des dettes qui grèvent les successions ou donations dont la jouissance tombe dans la société (arg. art. 1409).

Digitized by Google

Quant aux capitaux, selon quelques jurisconsultes, la société est chargée de toutes les dettes *mobilières* actuelles, non des dettes *immobilières*. Ils s'appuient sur l'argument de l'article 1409 et sur l'ancien principe du droit coutumier, d'après lequel la généralité du mobilier est chargée de la généralité des dettes mobilières. (Duranton, n° 372; Troplong, n° 295, qui suivent Pothier, n° 52.) D'après d'autres, la société n'est tenue des dettes que pour la portion contributoire du mobilier présent dont elle profite, conformément à l'article 1414. Cette opinion est préférable. Le principe du droit coutumier, qu'invoque l'opinion contraire, n'est plus admis d'une manière générale, et aujourd'hui presque toutes les dettes sont mobilières. (Demante, édit. de Mazerat, n°s 539 et 517.)

La société est tenue des dettes sociales et des dettes de dépenses d'entretien et d'éducation des associés et de leur famille.

1277. La simple convention de société universelle, sans autre explication, n'emporte que la société universelle de *gains* (article 1839). Car, dans le doute, une convention par laquelle les parties aliènent des droits doit être entendue dans le sens le plus étroit. (Rapport au Tribunat, n° 9, Locré, p. 534.)

III. RÈGLES COMMUNES AUX DEUX ESPÈCES DE SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

1278. Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes (art. 1840). Cet article renferme une *double* prohibition : 1° la société universelle ne peut être contractée qu'entre personnes *respectivement capables de se donner ou de recevoir* l'une de l'autre. Ainsi, par exemple, est nulle la société contractée entre un médecin et son malade (art. 909), entre le père et son enfant adultérin ou incestueux (art. 908), entre le mineur devenu majeur et celui qui a été son tuteur avant la reddition et l'apurement des comptes (art. 907). La nullité peut être demandée par celui qui ne peut rien donner à l'autre, ou par ses héritiers; mais elle ne peut pas être demandée par celui qui pouvait donner, par exemple par le médecin,

Digitized by Google

le tuteur, l'enfant incestueux. En cas de nullité, la société se liquide comme une communauté accidentelle.

1279. 2° La société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes *auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*. Le but de cette disposition est d'empêcher que, sous forme de société universelle, on n'élude les dispositions qui apportent une restriction aux donations.

Il y a deux opinions sur la portée de cet article. Suivant les uns, la disposition finale de l'article 1840 comprend dans sa prohibition toutes personnes qui ont des héritiers à réserve. Elle leur défend de former des sociétés au préjudice des réservataires. Ces sociétés sont nulles. Suivant d'autres, les sociétés universelles formées entre des personnes qui laissent des héritiers réservataires et des étrangers, ne sont pas *nulles*, mais l'avantage qui pourra en résulter pour les associés sera réductible à la quotité disponible. (Zachariæ, § 379, n° 5; Duranton, n° 381; Troplong, n°s 304-308.) Cette dernière opinion est préférable. Les discussions prouvent que c'est ainsi que les rédacteurs du code l'ont entendu. Les plus grands adversaires des sociétés universelles voyaient en elles des *donations* déguisées (arg. art. 1098, 1099, 1497, 1527, alin. 3). (Exposé des motifs, n° 6; Rapport au Tribunat, n° 7, Locré, p. 519, 533.)

Dans tous les cas, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, ce n'est qu'à la mort de l'associé que l'on peut déterminer si l'associé a pu faire une société universelle.

SECTION II.

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

1280. La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (art. 1841).

Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque

Digitized by Google

métier ou profession, est aussi une société particulière (article 1842).

1280 *bis*. Une distinction importante est celle en sociétés *civiles* et sociétés *commerciales*. Ces dernières sont régies par les dispositions du code de commerce et par des lois spéciales. Les dispositions du présent titre du code civil ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce (art. 1873).

Le caractère civil ou commercial d'une société dépend de l'*objet de ses opérations* et non de la *forme* qui lui a été donnée. (Jurisprudence constante; voy., par exemple, Cass. fr., 21 juillet 1873, D., 1874, 1, 127; Dijon, 1er avril 1874, D., 1875, 2, 81.)

Le caractère des sociétés ne dépend pas non plus de la *dénomination* qui leur a été donnée. (Paris, 30 nov. 1871, D., 1872, 2, 108.)

Ainsi, les sociétés civiles peuvent emprunter la forme des sociétés régies par le code de commerce, telles que la participation, la commandite, l'anonymat, sans devenir pour cela des sociétés commerciales. (Paris, 15 février et 17 août 1868, D., 1868, 2, 208 et 192.)

En **France**, deux lois importantes ont modifié les règles sur les sociétés commerciales; ce sont 1° la loi du 23 mai 1863, *sur les sociétés à responsabilité limitée*. Elle permet de former, sans l'autorisation exigée par l'article 37 du code de commerce, des sociétés commerciales anonymes, dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise. Ces sociétés prennent le titre de *sociétés à responsabilité limitée*. 2° La loi du 24 juillet 1867 sur les *sociétés*, qui a spécialement pour objet les sociétés en commandite par actions.

En **Belgique**, la loi du 18 mai 1873, sur les *sociétés*, qui forme le titre IX du nouveau code de commerce, admet aussi la formation de sociétés anonymes sans l'autorisation du gouvernement.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.
(ART. 1813-1864.)

SECTION PREMIÈRE.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX (art. 1843-1861).

I. DES OBLIGATIONS DE CHAQUE ASSOCIÉ ENVERS LA SOCIÉTÉ.

1281. 1° Chaque associé est *débiteur* envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, et il doit faire son apport aux temps et lieux convenus. L'associé doit à la société la garantie de son apport contre l'éviction et contre les vices et défauts cachés, conformément aux règles sur la garantie dans la vente (art. 1845, et t. III, n°s 994-1022). Cette garantie est due, que l'apport consiste en un corps certain ou en une chose fongible. Si la simple jouissance est l'objet de l'apport, l'associé doit garantir la jouissance.

1282. L'associé qui ne fait pas son apport au temps fixé est constitué en demeure *de plein droit* par la seule échéance du terme, par dérogation aux articles 1139, 1146, 1153 (t. III, n°s 69, 70). A partir de ce moment, il en doit les *intérêts* si l'apport consiste en une somme d'argent; si c'est un fonds, ou une autre chose productive de fruits, il en doit les *fruits;* et s'il a promis d'apporter son industrie, il doit à la société compte de tous les *gains* qu'il a faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de sa mise (art. 1846, 1847). (Aix, 1er mars 1869, D., 1870, 2, 219.)

Cette dérogation à la règle générale s'explique. Pour mettre l'associé en demeure, il faudrait une sommation, ou même une demande en justice, si l'apport consiste en argent, ce qui arrive communément. Ce serait troubler la bonne harmonie qui doit régner entre associés, que de procéder par des sommations ou par

Digitized by Google

des demandes judiciaires pour rappeler à l'associé ses obligations. Pour éviter cet inconvénient, sans qu'il en résulte une injustice pour les associés qui font leur apport avec exactitude, la loi applique de plein droit au retardataire les effets de la demeure.

1283. Une seconde dérogation aux principes généraux consiste en ce que l'associé qui est en retard de verser les *sommes* qu'il devait verser, peut être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal de ces sommes (t. III, nº 79), par exemple, si son retard a empêché la société de faire une bonne opération ou de remplir ses obligations envers les tiers. Les dommages-intérêts sont aussi dus de plein droit, sans mise en demeure (art. 1846). La raison de cette dérogation à la règle du nº 79, c'est qu'il entrait dans le but et dans la prévision de tous les associés de produire, par les opérations sociales, un bénéfice excédant le taux légal de l'intérêt, et que le retard d'un seul a pu faire manquer ces opérations.

1284. Les deux dispositions qui précèdent s'appliquent aux trois cas suivants : 1º si l'associé est en retard d'apporter sa mise ; 2º s'il est en retard de verser dans la caisse commune les sommes qu'il a reçues pour la société ; 3º s'il a tiré des sommes de la caisse sociale; il est alors présumé en avoir profité.

Les autres associés ne doivent plus faire la *preuve* qu'il en a profité. Les mots de l'article 1846 : *à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier,* veulent dire : où il les en a tirées pour un usage autre que pour une affaire de la société.

En droit romain, la demeure n'avait lieu de plein droit que dans le *dernier* de ces trois cas. (Voy. fr. 1, § 1, D., *De usuris,* 22, 1, comparé avec fr. 60, pr., et fr. 67, § 1, D., *Pro socio,* 17, 2.)

1285. Si l'objet de l'apport est un corps certain et qu'il ait péri, l'associé est libéré, conformément aux principes généraux (nºs 60, 61), sauf la disposition de l'article 1867. (Voy., *infrà,* nºs 1311-1313.)

1286. Lorsqu'il ne résulte pas clairement de la convention si la société doit comprendre la *propriété* ou seulement la *jouissance* des choses formant l'apport social, faut-il décider que c'est la jouissance seule qui a été mise en commun, ou bien que c'est la propriété ?

Digitized by Google

La question offre un double intérêt; d'abord il importe de savoir si tous les associés sont devenus *copropriétaires* de la chose apportée, ou si celui qui l'a apportée la retire seul à la fin de la société; ensuite il faut savoir aux risques et périls de qui est la chose. Distinguez :

1° Si tous les associés ont apporté des choses *fongibles*, ils sont censés avoir fait l'apport au même titre, à titre de *propriété;*

2° Si les apports sont de *capitaux* et de *corps certains*, les corps certains sont censés apportés au même titre que les capitaux (Duranton, *Société*, n° 408; Troplong, n° 126);

3° Lorsque les apports consistent en *choses déterminées* de la *même nature* ou de *nature différente*, il faut consulter les circonstances, et si elles ne donnent aucune indication, on doit présumer que la simple *jouissance* a été apportée (fr. 58, pr., D., *Pro socio*, 17, 2);

4° Lorsque la mise de l'un des associés consiste en *argent* ou autres *choses matérielles*, et que celle de l'autre consiste en *travail* ou *industrie*, il y a une ancienne controverse. Suivant Pothier, n° 57, et Duvergier, n° 204, les choses matérielles sont la propriété commune de tous les associés. Troplong, n°ˢ 123 et 124, penche aussi vers cette opinion. D'autres pensent que, dans le doute, l'*usage seul* des choses ou capitaux est présumé entré dans la société. (Doneau, Balde.) D'autres distinguent selon que l'importance de l'industrie équivaut aux *capitaux* ou seulement aux *intérêts* des capitaux apportés par les autres associés. (Duranton, n° 408; Malepeyre et Jourdain, *Sociétés commerciales*, n° 77.)

La première de ces trois opinions nous semble préférable; car les associés ont pour but d'établir une *communauté*, d'acquérir des droits en commun par des moyens communs. Le capital apporté est un de ces moyens; il doit donc être commun, d'après la *nature* du contrat de société, si la communauté n'a pas été bornée à la simple *jouissance*. Celui qui apporte son industrie, l'aliène en quelque sorte au profit de la société, et l'importance du travail est souvent égale ou supérieure à celle du capital. Il faut considérer l'industrie comme un capital qui périt par la mort de l'homme, mais dont la perte se répartit sur chaque moment

Digitized by Google

de la vie humaine. Celui qui apporte son industrie met donc dans la société non-seulement les *fruits* de son travail, mais encore une partie de son capital même.

Cette solution nous paraît juste à défaut de tout autre élément de solution. Mais lorsque la disproportion entre la valeur du capital et celle de l'industrie est évidente, et que cette dernière se rapproche plutôt de la valeur des intérêts ou de la simple jouissance du capital, l'opinion de Duranton, de Malepeyre et de Jourdain paraît plus équitable.

Là controverse qui précède démontre la nécessité de préciser, dans les contrats de société, si et dans quelle mesure *chaque associé peut prélever ses apports avant le partage du fonds social*, précaution trop souvent négligée.

1287. 2° Chaque associé doit faire ce dont il s'est chargé pour la société, et il répond de la faute *in concreto* (*diligentia quam in suis rebus*). Il doit veiller aux intérêts de la société comme aux siens propres.

Il n'est pas tenu de *toute* faute; car, en gérant les affaires de la société, il gère aussi ses propres affaires, et il est censé n'avoir pu mieux agir qu'il ne l'a fait. L'associé est tenu de réparer les dommages qu'il a causés à la société par sa faute, et il ne peut pas les compenser avec les profits, même extraordinaires, qu'il a procurés à la société, dans d'autres occasions, par une activité excessive. Car, en travaillant le mieux qu'il a pu, il n'a fait que son devoir; ce qu'il a gagné est dû à la société; ce n'est pas une créance qu'il a contre elle et avec laquelle il pourrait compenser des dettes provenant de sa négligence (art. 1850, et t. III, n° 65). (Fr. 52, §§ 2 et 11; fr. 23, § 1; fr. 25, 26, 72, D., *Pro socio*, 17, 2; § 9, J., *De societate*, 3, 25.)

L'associé ne supporte pas les pertes arrivées par cas fortuit.

1288. Une application de la règle que l'associé doit soigner les affaires de la société comme les siennes se trouve dans l'article 1849 : « Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est, depuis, devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part. » (Fr. 63, § 5, D., *Pro socio*, 17, 2.)

1289. L'article 1848 contient une autre application du même

Digitized by Google

principe : « Lorsqu'un des associés est », dit-il, « pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière ; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée. »

Cette disposition s'applique, à plus forte raison, lorsque l'associé était pour son compte particulier créancier d'une somme non encore exigible, qui lui a été payée par son débiteur, lequel était en même temps débiteur de la société. Mais il en serait autrement si la créance de l'associé était exigible, tandis que celle de la société ne l'était pas. L'associé pourrait imputer le payement intégral sur sa créance. L'article 1848 ne déroge pas à l'article 1253. L'imputation indiquée par le débiteur le libère de la dette qu'il a voulu acquitter. L'article 1848 règle le rapport des associés entre eux.

Mais, si la créance particulière de l'associé était plus onéreuse pour le débiteur, par exemple sous contrainte par corps, avec hypothèque ou avec cautionnement, l'imputation ne doit pas se faire proportionnellement. Si la créance de la société est plus onéreuse pour le débiteur, l'imputation, en cas de silence de la quittance, peut être faite par le débiteur sur la créance sociale.

1290. 3° L'associé doit contribuer aux pertes de la société dans la proportion de sa part (art. 1853).

II. DES OBLIGATIONS DE LA SOCIÉTÉ ENVERS CHAQUE ASSOCIÉ.

1291. 1° Un associé a action contre la société, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion (art. 1852, fr. 52, §§ 10 et 12, D., *Pro socio*, 17, 2). Bien que la loi ne le dise pas formellement, et nonobstant l'article 1153, il faut admettre que les intérêts sont dus à l'associé sans sommation

Digitized by Google

ou mise en demeure, à partir du jour où il a déboursé des sommes pour la société; car il a agi comme mandataire (arg. art. 1846, 1859 et 2001; fr. 67, § 2, D., *Pro socio,* 17, 2; Duranton, n° 411; Laurent, t. XXVI, n° 277).

1292. Par risques inséparables de la gestion, il faut entendre toutes les pertes que l'associé a éprouvées *par* la gestion ou à l'occasion de la gestion des affaires de la société, et qu'il n'a pu éviter; par exemple, un associé, lors d'un voyage qu'il fait pour la société, a été dévalisé par des voleurs, ou a fait naufrage, et a perdu ainsi ses propres effets; la société doit l'indemniser de cette perte. (Fr. 52, § 4; fr. 60, § 1; fr. 61, D., *eodem,* 17, 2.) Mais la société ne devrait pas l'indemniser des sommes qu'il aurait prises avec lui pour faire en même temps des affaires pour son *propre compte,* et qu'il aurait perdues à cette occasion; car ces risques n'étaient pas inséparables de sa gestion pour la société.

1293. L'associé a, du chef des dépenses faites, des engagements contractés ou des pertes éprouvées pour la société, une action contre chacun des associés, en proportion de sa part dans la société. Si l'un d'entre eux devient insolvable, la perte se répartit sur tous les autres, y compris celui qui a fait l'avance, sur chacun suivant sa part dans la société. Car cette perte, résultant de l'insolvabilité d'un des associés, a été causée par la gestion pour la société, et tous les bénéfices et toutes les pertes sont *communs.* (Fr. 63, § 5; fr. 67, pr. D., *eodem;* Duranton, n° 413.) Comparez, par analogie, art. 1214, 1215, t. III, n° 132.

1294. 2° Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne, relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration (art. 1861). (*Socii mei socius, meus socius non est;* fr. 19-22, D., *eodem.*) Car la confiance personnelle est la base du contrat de société, l'ami de notre associé peut n'avoir pas notre confiance. Il y a donc deux sociétés et deux comptes séparés; la première entre les associés primitifs, l'autre entre l'un des associés et le tiers qu'il s'est associé. (Bruxelles, 31 janvier 1861, P, 1861, 153.)

Digitized by Google

III. DES PARTS DE CHAQUE ASSOCIÉ DANS LES GAINS ET LES PERTES DE LA SOCIÉTÉ (art. 1853-1855).

1295. Il faut distinguer divers cas.

A. Les parts ont été fixées *par la convention.*

1. Elles ont été *déterminées numériquement* avant ou pendant la société. Il faut exécuter la convention (art. 1853). Il faut cependant que la stipulation qui fixe les parts ne soit pas contraire à la nature du contrat de société. Ainsi on peut convenir valablement que l'un ou plusieurs associés ne devront pas contribuer *personnellement* aux pertes qui existeront après la dissolution de la société, c'est-à-dire aux dettes qui existeront après la perte du fonds social. (Discours au Corps législatif, n° 19, Locré, XIV, p. 553.) De même, est valable la convention par laquelle un associé qui apporte son industrie stipule une quote-part des bénéfices, et, pour tous les cas, une somme fixe annuellement ou une fois payée pour le prix de son industrie. (Rennes, 29 juin 1871, D., 1872, 2, 135; Paris, 19 juillet 1872, D., 1875, 1, 417; Cass. fr., 3 août 1875, D., 1876, 1, 81.) On peut convenir aussi que l'un des associés aura une plus grande part dans les bénéfices que dans les pertes. De même, on peut convenir que les bénéfices et les pertes ne seront pas en proportion de la mise de chacun, sauf, dans ces deux derniers cas, les dispositions sur les donations déguisées.

1296. Mais on ne peut pas convenir que l'un des associés aura la totalité des bénéfices (art. 1855, alin. 1).

On ne peut pas non plus faire une stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les *sommes ou effets* mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés (art. 1855, alin. 2). Cette disposition a pour but d'empêcher le prêt usuraire; car celui qui aurait mis dans la société des sommes qui seraient affranchies de la contribution aux pertes ne serait, en réalité, qu'un bailleur de fonds, et il aurait, à titre d'intérêts, une part dans les bénéfices, laquelle pourrait excéder l'intérêt légal. (Pothier, n° 19.) Cette disposition est implicitement abolie en **Belgique** par la loi du 5 mai 1865, qui proclame la liberté du taux des intérêts conventionnels. (V. t. III, n° 78.) Elle est abolie en

Digitized by Google

ce sens que le bailleur de fonds peut stipuler, outre l'intérêt de son argent, une part dans les bénéfices.

Mais ce bailleur de fonds n'est pas un *associé;* car il ne participe en aucune façon aux pertes de la société. Donc, le contrat passé entre lui et les autres associés est nul comme société, valable comme prêt.

1297. Quel est l'effet des clauses prohibées par l'article 1855? Annuleront-elles la *société tout entière* ou seront-elles seulement réputées *non écrites?* Suivant quelques jurisconsultes, la nullité ne frappe pas la société, mais seulement la clause prohibée, et, dans ce cas, la répartition des bénéfices et des pertes doit avoir lieu d'après les règles de la loi (art. 1853). Suivant d'autres, la *société* est nulle. Cette dernière opinion est juste, car il n'y a pas de société. Une convention formée sur cette base manque des éléments constitutifs de la société. (Fr. 29, § 2, D., *Pro socio,* 17, 2; Troplong, n° 662; Laurent, t. XXVI, n° 295.)

1298. 2. Les associés s'en sont rapportés à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité (art. 1854).

Si le tiers ne veut ou ne peut fixer les parts, la société est nulle et devient une simple communauté accidentelle (arg. art. 1592, et t. III, n° 962). Il en est de même si les associés sont convenus de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard, et qu'ils ne s'entendent pas sur le choix.

Mais la société est valable si les associés sont convenus, *depuis le contrat,* de faire fixer les parts par un tiers qui ne veut ou ne peut pas. Car alors la société a été *contractée primitivement* sous l'empire de l'article 1853 (*infrà,* n° 1300), et la dérogation postérieure est nulle.

1299. Pour examiner si le règlement est *évidemment contraire à l'équité,* il faut avoir égard à la proportion que l'arbitre a établie entre les mises et les parts. Il n'est pas nécessaire que le règlement contienne une lésion de plus de la moitié ou de plus des sept douzièmes.

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution (art. 1854, alin. 2).

Digitized by Google

1300. *B*. Les parts n'ont pas été fixées par la convention; la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes est *en proportion de sa mise* dans le fonds de la société (art. 1853). Il y a controverse entre les interprètes du droit romain sur la question de savoir si, dans cette hypothèse, les parts doivent être *égales* ou *proportionnées* à la mise de chacun. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 226, note 23.) Le code s'est prononcé pour les parts proportionnelles.

La même règle s'applique au partage du fonds social, dans le cas où la *propriété* des choses apportées est devenue commune.

Lorsque la valeur des mises *des associés* n'a pas été estimée, ils sont censés avoir fait des apports *égaux*, et ils partagent par portions viriles. (Nancy, 14 mars 1868, D., 1869, 2, 92; Pothier, n° 73.) Si la valeur des objets formant la mise de l'*un* ou de quelques-uns des associés n'a pas été fixée, elle peut être appréciée par le juge.

Pour la fixation des parts, il faut bien distinguer si l'apport de l'un ou de l'autre associé a été fait avec réserve du prélèvement (c'est-à-dire seulement pour la jouissance), ou sans cette réserve (pour la propriété). Dans le premier cas, la valeur de la jouissance seule doit être prise en considération pour la fixation des parts.

1301. A l'égard de l'associé qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (art. 1853, alinéa 2). Cette disposition, qui manquait dans le projet primitif, a été ajoutée sur la proposition du Tribunat. En voici le motif : l'industrie et le travail sont le plus susceptibles d'estimation arbitraire. Celui qui apporte son industrie et qui ne stipule pas une part plus forte que celle de l'associé qui a apporté le moins est censé avoir estimé son industrie à la même valeur. (Observations du Tribunat, n° 4; Discours du tribun Gillet au Corps législatif, n° 16, Locré, XIV, p. 508, 552.)

L'associé qui a apporté son industrie et un capital doit être considéré comme ayant fait une double mise. Pour fixer le montant total de son apport, il faut ajouter à la valeur des biens qu'il a mis en commun une somme égale à la mise de l'associé qui a apporté le moins. (Duranton, n° 433.)

Digitized by Google

IV. DE L'ADMINISTRATION DES AFFAIRES SOCIALES (art. 1856-1860).

1302. Il y a *deux* cas principaux à distinguer :

A. Le contrat de société a pourvu à l'administration. Des pouvoirs d'administration ont été donnés à un ou plusieurs associés par le contrat de société; ils ne peuvent pas être révoqués tant que la société dure, à moins que ces associés ne commettent des fautes qui constituent une véritable inexécution de leurs obligations et autorisent à demander la dissolution de la société. Car ces pouvoirs font partie des clauses et conditions qui forment la base du contrat et des engagements réciproques des associés entre eux. (Cass. fr., 6 janv. 1873, D., 1873, 1, 116.)

Le mandat donné par *acte postérieur* est révocable. Il tombe sous la règle générale du mandat (art. 1856, 2003, alin. 2).

Il y a controverse sur le point de savoir si ce mandat peut être révoqué par *un seul* associé, ou seulement par l'unanimité de *tous*. Il peut être révoqué *par un seul,* car un seul peut défendre d'administrer *sa part* des affaires. (Duranton, n° 434. *Contrà,* Laurent, t. XXVI, n° 306.)

1303. L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude (art. 1856, alin. 1). Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (articles 1857, 1858).

Dans ce cas, chaque associé peut refuser de concourir à un acte d'administration. Mais le refus mal fondé de concourir à un acte d'administration peut constituer, de la part d'un administrateur, une faute qui l'expose aux dommages-intérêts.

La disposition de l'article 1858 ne doit pas être prise à la

Digitized by Google

lettre. Donc, en cas d'urgence, un ou quelques associés peuvent valablement agir pour la société comme *negotiorum gestores*. (Bruxelles, 8 mai 1862, P., 1862, 321.)

A défaut de stipulation expresse, les pouvoirs de l'associé ou des associés chargés de l'administration par l'acte de société se déterminent d'après la nature et le but de la société.

1304. *B*. Il n'y a pas de stipulation sur le mode d'administration. On doit observer les règles suivantes : 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre : ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue (*In pari causa melior est conditio contradicentis*). Mais l'opposition injuste peut donner lieu aux dommages-intérêts, même être une cause de dissolution de la société. 2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. 3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent (art. 1859). L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société (art. 1860).

SECTION II.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS (art. 1862-1864).

1305. Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus *solidairement* des dettes sociales; chacun est tenu jusqu'à concurrence de sa part virile ou de la part qu'il a dans la société, suivant la distinction qui sera faite *infrà*,

Digitized by Google

n° 1307. Ils ne sont tenus solidairement que lorsqu'il y a une stipulation expresse en ce sens (art. 1862). (Voy. t. III, n° 121.)

Si l'obligation des associés est indivisible, chacun peut être poursuivi pour la totalité, sauf son recours contre les autres associés. (Voy. t. III, n° 144.)

1306. Lorsque l'un des associés ou quelques associés ont contracté *en nom personnel* avec un tiers, ils sont personnellement tenus envers lui, comme s'il n'existait pas de société. En règle, le créancier n'a pas d'action contre les autres associés dans ce cas, à moins qu'il n'agisse comme exerçant les droits de son débiteur en vertu de l'article 1166. Car la société est chose tierce pour lui, et les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Si un des associés a contracté *au nom ou pour le compte de la société,* il faut distinguer :

1° S'il n'avait pas pouvoir de contracter pour les autres associés ; ceux-ci ne sont pas tenus, et le contractant seul est obligé (art. 1862, 1864) ;

2° S'il avait pouvoir de contracter pour les autres associés ; il oblige ces derniers dans la mesure dans laquelle chacun d'eux lui a donné mandat. Dans le cas où l'acte de société ne contient pas de stipulations spéciales sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1859, 1° ; *suprà*, n° 1304). Donc, ce que chacun des associés a fait alors dans les limites de ses pouvoirs légaux (art. 1859) lie les autres jusqu'à concurrence de la part de chacun dans la société (arg. art. 1862, 1864). (Liége, 12 déc. 1868, P., 1869, 252.)

1307. Si tous les associés ont contracté eux-mêmes, il faut distinguer :

1° Si l'acte par lequel ils se sont obligés détermine la part de chacun dans la société ou dans la dette qu'ils contractent ensemble, chacun n'est tenu que jusqu'à concurrence de cette part.

2° Si cet acte ne détermine pas la part de chacun, ils sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté chacun pour une somme ou part égale, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre. La société est alors chose tierce pour le créancier (art. 1863). (Laurent, t. XXVI, n° 352.)

Digitized by Google

Suivant Delvincourt, cet article est fait uniquement dans l'intérêt des créanciers, et non pas des associés. Les créanciers pourraient donc non seulement exiger contre chaque associé sa portion *virile*, et ce dernier ne pourrait pas leur opposer que, d'après l'acte de société, il n'est tenu que d'une part moindre ; mais ils pourraient même poursuivre l'associé au delà de sa portion virile et jusqu'à concurrence de sa part *sociale*, si elle était plus forte que sa part virile.

Cette opinion n'est pas fondée. Bien que l'article 1863 ne parle que du cas où la part sociale est au-dessous de la part que l'associé a prise dans le contrat avec le tiers, sa portée est générale. L'opinion de Delvincourt est contraire aux principes généraux. (Rapport au Tribunat, n° 18; discours au Corps législatif, n° 21, Locré, p. 540, 553.)

1308. Nonobstant la règle que la société est *res inter tertios acta* pour les tiers, le tiers avec lequel *un* des associés a contracté peut poursuivre directement les autres associés par l'action appelée *de in rem verso* (art. 1864). (Cass. fr., 7 juillet 1868, D., 1869, 1, 319.) Pour qu'elle soit admissible, il n'est pas nécessaire que l'associé ait déclaré agir pour le compte de la société. Cette action est fondée uniquement sur ce que la société a *profité* du contrat passé entre le tiers et un des associés. Il serait injuste que la société pût s'enrichir aux dépens des tiers. Controversé. (Voy., d'accord, dissertation de M. O., conseiller honoraire, dans la *Belgique judiciaire*, t. 26, p. 593.) Il résulte de ce caractère de l'action *de in rem verso* :

1° Qu'elle ne peut être intentée contre chaque associé que jusqu'à *concurrence de sa part dans la société*. Fondée sur le profit que chaque associé en a tiré, elle est limitée par ce profit; 2° qu'elle compète au tiers en son nom propre (*proprio jure*), et non seulement en vertu de l'article 1166; d'où il résulte que les associés ne pourraient pas lui opposer la compensation de ce que leur associé leur doit; 3° qu'elle est indépendante de la circonstance si l'associé a contracté avec mandat de la société, en son propre nom ou au nom de la société; 4° qu'elle ne peut être intentée que jusqu'à *concurrence du profit* que la société a tiré de l'acte, et non pas jusqu'à concurrence de l'importance de la charge qui en résulte pour l'associé qui a contracté.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ. (Art. 1865-1873.)

I. DES DIFFÉRENTES CAUSES D'EXTINCTION DE LA SOCIÉTÉ.

1309. La société finit : 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ou par l'arrivée d'un événement prévu qui devait mettre un terme à la société (art. 1865, n° 1). Elle peut être prorogée; mais « la prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu *des mêmes formes* que le contrat de société », dit l'article 1866. Cet article n'est pas en contradiction avec l'article 1834. En voici le sens : La prorogation ne peut être prouvée que par les moyens par lesquels il aurait été permis de prouver l'existence de la société elle-même, car c'est un nouveau contrat. Ainsi, on peut prouver par témoins la prorogation d'une société dont l'objet n'excède pas 150 francs, n'importe que le contrat primitif ait été fait par écrit ou non.

1310. La société finit : 2° par la consommation de l'affaire pour laquelle elle a été contractée (art. 1865, n° 2).

3° Par l'extinction de la chose (art. 1865, n° 2). Ces termes comprennent dans leur généralité la perte des choses sans lesquelles la société ne peut plus exister, ou sans lesquelles elle serait sans objet; par exemple la société a été contractée pour l'exploitation d'une mine; la mine est épuisée ou inondée d'une manière irréparable; ou bien, elle a été formée pour l'exploitation d'un brevet qui est tombé dans le domaine public. La société est éteinte. Pour le même motif, la société est éteinte par la perte totale du fonds ou du capital social. (Cass. fr., 16 juin 1873, D., 1874, 1, 61.)

1311. 4° Par la perte totale de la chose qu'un des associés a mise en commun pour la *jouissance* seulement (art. 1867, alin. 2, et art. 1851, alin. 1). (Fr. 58, pr., D., *Pro socio*, 17. 2.) Alors il n'y a plus de mise de sa part, donc plus de société. (Exposé des motifs, n° 29; rapport au Tribunat, n° 20, Locré, p. 526, 542.) Si la société continuait encore, l'associé dont l'apport aurait péri

Digitized by Google

continuerait de participer aux bénéfices de la société sans contribuer à les produire. Si la perte n'est que partielle ou si la chose se trouve détériorée au moment où la société est contractée, il faut, en appliquant les articles 1601 et 1722, admettre que les autres associés auront le choix de demander la dissolution de la société, ou bien de la continuer, sauf à diminuer la part des bénéfices de l'associé dont l'apport a péri en partie. Si la stipulation de l'apport est conditionnelle, il faut appliquer la règle de l'article 1182 (t. III, n° 103).

1312. 5° Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue *avant que la mise en soit effectuée* opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société (art. 1867, alin. 1 et 3).

L'article 1867 prévoit deux hypothèses.

a. La perte de la chose, dont la *propriété a déjà été apportée* à la société. Cette chose est aux risques de la société, parce que celle-ci en est propriétaire; si la chose périt, elle périt pour la société, laquelle n'en continue pas moins.

Toutefois, cette disposition doit être limitée par l'article 1865, n° 2. La société *peut n'être pas rompue* dans ce cas, mais elle *peut* aussi être rompue par cette perte, et elle le sera si la chose perdue constitue à elle seule le fonds social, ou lorsque, sans être unique, elle est tellement principale que, sans elle, la société ne peut plus agir. C'est une extinction du fonds social (*suprà*, n° 1310, 3°). Si l'on interprète autrement l'article 1867, alin. 3, il y a contradiction avec l'article 1865, alin. 2. (Duranton, n° 464; Troplong, n° 925.) En cas de perte *partielle*, la société continue.

1313. *b*. La perte survenue avant que la *mise* de la chose dont l'apport a été promis *soit effectuée* opère la dissolution de la société (art. 1867, alin. 1). Cette disposition offre beaucoup de difficultés à l'interprétation. Car, d'après les articles 711 et 1138, la propriété se transmet par *le seul effet des conventions*; donc, d'après ce principe, la *propriété* appartient à la société dès que l'apport a été *promis*.

L'article 1867, alin. 1, déroge-t-il à ce principe, ou sinon, à

Digitized by Google

quels cas faut-il l'appliquer? Suivant quelques jurisconsultes, les règles sur la transmission de la propriété sont changées dans ce cas. Mais rien, ni dans le texte, ni dans les discussions, n'autorise cette opinion.

Les diverses interprétations que les auteurs ont faites de l'article 1867, alin. 1, arrivent presque toutes au même but, c'est de l'appliquer *à tous les cas où la propriété n'est pas déjà transférée à la société par le seul effet de la convention*. C'est ce qui a lieu : 1° lorsqu'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est pas encore propriétaire, et qui vient à périr avant que cet associé en ait acquis la propriété; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société ne se réalise que postérieurement à la perte de cette chose; 3° lorsque la chose avait déjà péri au moment où la société a été contractée (arg. art. 1601). (Zachariæ, § 384, note 5; Duranton, n° 467.)

Troplong, n° 928, applique aussi l'article 1867 au cas où l'associé a promis de mettre à l'avenir (*in futurum*) une chose en commun, et où l'intention des parties renvoie *la mise en commun* à une époque future; il distingue entre les choses *destinées* et les choses *conférées* à la société. Si telle a été l'intention des parties, l'article peut être applicable, mais il ne faut pas conclure de l'opinion de Troplong que l'obligation à terme ne confère pas immédiatement la propriété, comme il semble l'enseigner.

L'article 1867 n'est pas applicable lorsque l'objet de l'apport consiste en choses fongibles (*genus non perit*).

1314. 6° La société finit par la mort de l'un des associés (art. 1865, n° 3; 1868). Dans ce cas, les héritiers du défunt doivent continuer les opérations commencées par leur auteur pour le compte de la société. (Fr. 40, D., *Pro socio*, 17, 2.) Ils doivent notifier le décès aux autres associés (art. 1869, alin. 1; 2010). S'ils ont omis de le faire, les autres associés peuvent, à l'égard des héritiers du décédé, considérer la société comme continuée ou comme dissoute, selon leurs intérêts (arg. art. 2008).

1315. Le droit romain ne permettait pas de stipuler que la société continuerait entre les associés survivants et les héritiers du défunt, excepté pour les sociétés ayant pour objet la perception des revenus publics. (Fr. 35, 52, § 9; fr. 65, § 11; fr. 59,

Digitized by Google

pr., D., *Pro socio*, 17, 2.) On pouvait seulement convenir que la société, après le décès de l'un des associés, continuerait entre les survivants. (§ 5, J. *De societate*, 3, 25; fr. 65, § 9, D., *Pro socio*, 17, 2.)

Les auteurs du code n'ont pas adopté cette idée; ils n'ont trouvé rien de contraire à l'essence du contrat de société, ni rien qui blessât la bonne foi, les convenances ou les bonnes mœurs dans la stipulation portant qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement entre les associés survivants (art. 1122); au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède (art. 1868). (Exposé des motifs, n° 30; Rapport au Tribunat, n° 21, Locré, XIV, p. 526 et 543.) La stipulation portant continuation de la société avec les héritiers oblige les héritiers mineurs aussi bien que les majeurs. (Aix, 16 déc. 1868, D., 1871, 2, 70.)

1316. 7° Par l'interdiction légale ou judiciaire, la déconfiture ou la faillite de l'un des associés (art. 1865, n° 4). (Bruxelles, 2 février 1866, P., 1866, 192.) La nomination d'un conseil judiciaire peut, suivant les circonstances, autoriser une demande de dissolution, mais elle ne l'entraîne pas de plein droit (art. 513).

1317. 8° Par le consentement de *tous* les associés, et même par la volonté d'*un seul* ou de *plusieurs* associés (art. 1865, n° 5). Il faut distinguer deux cas :

A. La durée de la société *n'a pas été fixée* par la convention ni par la nature même de l'entreprise qui en fait l'objet. L'associé qui veut se retirer de la société doit notifier sa renonciation *à tous ses coassociés*. Si elle n'a pas été notifiée à tous les associés, ceux mêmes auxquels elle aurait été notifiée pourraient la tenir pour non avenue. Mais lui-même ne peut pas la critiquer. Ses associés seront libérés envers lui, mais il ne sera pas libéré envers ses associés. Ceux-ci peuvent, selon leur intérêt, faire valoir la continuation ou la dissolution de la société.

Si la renonciation a été faite de *mauvaise foi* ou à *contre-temps*, l'associé peut se retirer de la société, mais il doit réparer le dommage qu'il a causé par sa retraite et apporter à la société le bé-

Digitized by Google

néfice qu'il a voulu lui soustraire, et il n'a plus aucun droit à ce que la société gagne postérieurement à sa renonciation.

La renonciation est de mauvaise foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. Elle est faite à contre temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (art. 1869, 1870). Il peut être stipulé qu'un associé sera libre de renoncer à la société à son gré, quand même sa retraite serait inopportune. (Bruxelles, 31 mars 1874, P., 1874, 156.)

1318. *B.* Le terme de la société a été fixé. Ce terme peut être fixé de *deux* manières : ou par la *fixation du temps* pendant lequel doit durer la société, ou par la *nature de l'affaire* pour laquelle elle a été contractée (art. 1844).

Dans ces cas, la dissolution de la société ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges (art. 1871). L'associé qui, par sa *faute,* a alors donné lieu à la dissolution de la société, est passible de dommages-intérêts.

On ne peut pas renoncer d'avance à la faculté de demander la résiliation de la société pour un juste motif. Cela pourrait être une convention de ne pas agir du chef de dol.

L'associé qui renonce à la société, nonobstant l'article 1871, libère les autres associés envers lui, mais il n'est pas libéré envers eux. Sauf le cas d'un juste motif de dissolution, la société à terme est obligatoire jusqu'à ce que le terme soit arrivé, quelle qu'en soit la durée. L'article 815 n'est pas applicable aux *sociétés,* mais seulement aux communautés accidentelles qui n'ont pas pour but d'acquérir des droits en commun.

II. DU PARTAGE DU FONDS DE LA SOCIÉTÉ.

1319. Après la dissolution de la société, chaque associé peut demander le partage du fonds social provenant tant des mises des associés que des acquisitions et des bénefices. Chaque asso-

Digitized by Google

cié prélève les choses qu'il n'a apportées à la société que pour la *jouissance* (*suprà*, n° 1286).

Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers s'appliquent aux partages entre associés (art. 1872, 815 et suivants).

1320. Quant à la nature de ses prélèvements, il faut distinguer :

1° Les choses ont été *estimées;* elles sont devenues la *propriété* de la société, laquelle en a aussi supporté les risques, et est débitrice de leur *valeur* estimative envers l'associé qui les a apportées (art. 1851, alin. 2 et 3);

2° Elles n'ont *pas été estimées*. Distinguez :

a. Ce sont des choses qui se consomment par l'usage ou qui sont destinées à être vendues, soit d'après leur nature, soit en vertu d'une convention des parties. Elles sont aux risques de la société, et l'associé en prélève la valeur. L'associé est *créancier* de la valeur. Dans cette catégorie il faut ranger aussi les choses *qui se détériorent en les gardant*, par exemple des chevaux, des bestiaux, indépendamment de tout usage qu'on en fait. Elles sont aux risques de la société, qui est censée avoir reçu la faculté d'en disposer. Elles doivent être assimilées aux choses destinées à être vendues (art. 1851, alin. 2). (Troplong, n° 588.)

b. Ce sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment pas par l'usage; elles sont aux risques de l'associé propriétaire, qui les reprend en nature dans l'état où elles se trouvent à la dissolution de la société, pourvu qu'elles ne soient pas détériorées par la faute des associés (art. 1851, alin. 1). Dans ce dernier cas, il faut tenir compte à l'associé des dégradations. C'est à cette catégorie qu'appartiennent les choses qui se détériorent peu à peu par l'usage (art. 589).

Dans le partage, chaque associé prend la part qui lui est assignée par la convention ou par la loi.

Mais l'article 841, qui permet aux cohéritiers d'exercer le retrait successoral contre le cessionnaire d'une partie de la succession, n'est pas applicable aux associés. Il n'y a pas identité de motifs (arg. art. 841). (Troplong, n° 1059; voy. aussi, t. III, n° 768.)

1321. L'action en rescision pour lésion d'outre-quart est applicable à ce partage (art. 887 et suiv.).

Digitized by Google

III. LA SOCIÉTÉ EST-ELLE UNE PERSONNE MORALE?

1322. On appelle *personne morale, civile, juridique* ou *mystique*, ou *être moral*, un être qui n'est pas un individu humain, et qui a la capacité d'acquérir et d'avoir des droits et des obligations (l'État, la province, la commune, les hospices, les sociétés anonymes, les fabriques d'église, les séminaires : t. I, n° 81). Cette personnalité fictive ne peut être créée que par la loi ou en vertu de la loi. Elle peut se composer d'une association d'hommes ou seulement d'un ensemble de droits (corporations, établissements d'utilité publique). Mais, quelle que soit la manière dont elle est composée, il est fait abstraction des *individus* qui la composent. La personne morale est représentée par des mandataires qui agissent en son nom, mais qui n'acquièrent et ne s'obligent pas pour eux-mêmes. Ce qui distingue la personne morale, c'est que c'est *elle seule* qui acquiert des droits et contracte des obligations, QU'ELLE SEULE EST RESPONSABLE, et que les personnes qui la composent ou qui agissent pour elle ne le sont pas, sauf la responsabilité des mandataires dans les limites de leur mandat. Le seul débiteur, c'est l'*être moral*. Quand son actif est absorbé, personne ne peut plus être poursuivi à raison des dettes que cet être a contractées.

1323. Or, dans toutes les *sociétés*, civiles ou commerciales, les *individus* qui les composent sont *personnellement* responsables. Leur responsabilité collective n'est pas absorbée par la responsabilité seule et unique de la société. Le *principe* de cette responsabilité est le même dans toutes les sociétés, seulement les degrés varient (*pro parte* ou solidairement). Tous les auteurs admettent cette thèse; personne ne soutient l'irresponsabilité des associés. C'est donc à tort que plusieurs auteurs donnent aux sociétés qui ne sont pas anonymes la qualification de *personnes morales*, terme qui a un sens précis et technique dans la science du droit. Car aucun d'eux n'admet l'irresponsabilité des associés, ce qui constitue le caractère distinctif des personnes morales.

1324. Mais, abstraction faite de la *responsabilité individuelle* des associés, la société constitue-t-elle, sous d'autres rapports, un *corps moral* ou un *être distinct* des associés, un être qui ac-

Digitized by Google

quiert et s'oblige *pour* lui-même, ayant un *patrimoine distinct* de celui des associés, ou bien est-ce une collection de personnes physiques, dont chacune acquiert des droits et s'oblige *individuellement*, chacune en proportion de sa part dans la société, mais de telle façon que leurs parts dans la société font partie de leurs propres patrimoines activement et passivement? (Voy., *infrà*, n° 1325.)

Cette question est très-controversée. Plusieurs jurisconsultes pensent que la société *civile* ne forme pas un être distinct des associés, mais que les sociétés commerciales ont ce caractère. (Zachariæ, § 381 *bis;* Vincens, *Législation commerciale*, t. I, p. 297, M. V. Thiry, professeur à Liége, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1854, p. 412 et suiv., et 1855, p. 289 et suiv.; Cass. belge, 22 juin 1855, B. J., t. 13, 1153; P., 1855, 346; Cass. fr., 10 décembre 1878, D., 1879, 1, 5.) D'autres attribuent le caractère d'être moral, non seulement aux sociétés commerciales, mais aussi aux sociétés civiles. (Duranton, n° 334; Pardessus, *Droit commercial*, n°s 1089 et 1207; Duvergier, n° 382, et Troplong, n°s 58-82; Cass. belge, 30 avril 1853, B. J., t. 11, 1023; P, 1853, 287; Cass. fr., 3 février 1868, D., 1868, 1, 225.) Suivant Toullier, t. XIV, n° 82, ce caractère n'appartient ni aux sociétés civiles ni aux sociétés commerciales.

Nous n'examinerons ici que le caractère des sociétés *civiles*.

1325. Voyons d'abord quel est l'intérêt pratique de la question.

1° Si la société est un être distinct, c'est elle qui est propriétaire des objets qui font partie du fonds commun, et cette propriété n'appartient pas, durant la société, aux *associés* pour des parts indivises. En conséquence, la femme dont le mari est associé dans une société possédant des immeubles ne peut exercer son hypothèque légale sur les immeubles sociaux, pas même pour la portion pour laquelle le mari est associé.

Si la société n'est pas un être moral, la propriété du patrimoine social repose *sur la tête des associés*, qui sont chacun *individuellement* copropriétaires par indivis de ces objets dans la proportion de leur part sociale.

2° Si la société est un être moral, son patrimoine est le gage

Digitized by Google

de *ses* créanciers, et les créanciers personnels de l'*associé* n'y peuvent prétendre que lorsque les premiers seront entièrement satisfaits. C'est ce que décide, par rapport à la communauté entre époux, l'arrêt de Nancy du 2 février 1865, D., 1870, 2, 65.

Si la société n'est pas un être moral, les créances et les dettes de la société font partie du *patrimoine actif et passif des associés* pour leur part sociale.

Les créanciers *personnels* de l'un des associés peuvent saisir sa part indivise dans le fonds social, et les créanciers de la société ne sont pas payés sur les biens de la société de préférence aux créanciers personnels de l'associé. Ils viennent tous en concurrence.

3° Si la société constitue un être moral, les créances *sociales* ne sont pas les *créances individuelles* des associés; en conséquence les débiteurs de ces créances ne peuvent pas opposer en compensation à la *société* les sommes qui leur sont dues par les associés individuellement jusqu'à concurrence de leurs parts sociales; et un associé ne peut pas opposer à son créancier la compensation des sommes dues par ce dernier à la société. (Cass. fr., 20 juillet 1874, D., 1877, 5, 102.)

De même le débiteur d'un des associés, qui est en même temps créancier de la société, ne peut pas opposer à l'associé la compensation de sa créance sociale. (Rouen, 26 janvier 1877, D., 1877, 2, 90.)

Si la société n'est pas un être moral, le débiteur de la société, qui est en même temps créancier d'un des associés, peut opposer en compensation la part que cet associé a dans la créance sociale, et un associé peut opposer à son créancier personnel la compensation jusqu'à concurrence de sa part sociale des sommes que ce dernier doit à la société. (Bruxelles, 7 juillet 1871, P., 1871, 419.)

De même, si le débiteur de l'un des associés était en même temps créancier de la société, il pourrait compenser avec l'associé jusqu'à concurrence de sa part sociale.

4° Si la société est un être moral, les actions ou intérêts qu'y ont les associés sont *meubles* pendant sa durée, quand même elle posséderait des immeubles (code civ., art. 529). Ainsi, en cas de décès de l'un des associés, il ne transmettrait à ses héritiers qu'un droit mobilier.

Digitized by Google

La mutation ne donnerait lieu qu'à un droit d'enregistrement sur une vente de mobilier, etc.

Si la société n'est pas un corps moral, les parts ou intérêts dans cette société sont, pendant sa durée, *immobiliers* si la société possède des immeubles, mobiliers si elle ne possède que des meubles.

5° Suivant quelques jurisconsultes, toute société, si elle est un être moral, peut être assignée en justice dans la personne de ses gérants ou administrateurs, sans mettre en cause tous les membres qui la composent (mais c'est controversé).

Si elle n'est pas un corps moral, la société, *comme telle*, ne peut pas agir en justice sous le nom de ses gérants ou administrateurs, mais tous les associés doivent figurer dans l'instance en nom personnel.

1326. Nous croyons qu'une société civile *n'est pas* un être ou corps moral distinct des associés. (Voy. aussi Laurent, t. XXVI, n° 181.)

Telle est incontestablement la doctrine du droit romain et des anciens jurisconsultes français, qui, de même que le droit romain, distinguent deux espèces de sociétés, celles qui forment un être moral, ou un collége, ou une corporation, et les sociétés civiles ordinaires, qui ne forment pas un corps ou une personne distincte. Pothier, dans tout son traité sur cette matière, envisage la société civile comme ne formant pas un être moral distinct des associés.

Les travaux préparatoires ne laissent aucune trace de l'intention que les auteurs du code auraient eue de changer les anciens principes.

Si la société était un *être moral*, aucun des *associés* n'aurait une part dans la propriété et dans les obligations de cet être. Les associés auraient une part dans la société, mais cette part, au lieu d'être une *copropriété* indivise des *objets appartenant* à la société, serait une partie constitutive de l'être moral.

Or, dans les sociétés, la loi reconnaît formellement que *chaque associé a une part* indivise dans les objets appartenant à la société. L'article 1849 prouve qu'un des associés *peut recevoir sa part d'une créance commune;* mais s'il l'a reçue, il ne peut pas s'en attribuer exclusivement le profit dans le cas où le débiteur de la

Digitized by Google

créance deviendrait insolvable. Cette règle, que l'opinion contraire invoque pour établir que l'associé ne peut pas recevoir une part de la créance sociale, a été puisée dans le fr. 63, § 5, D., *Pro socio*, 17, 2 (*suprà*, n° 1288), et il est certain que le droit romain ne considère pas la société comme un être moral. Elle prouve donc plutôt contre que pour l'opinion contraire. Mais elle est simplement, de même que l'article 1848, une application du principe que l'associé doit être aussi soigneux des affaires de la société que des siennes propres.

L'article 1861 prouve aussi que l'associé a *sa part*, et qu'elle fait si bien partie *de son patrimoine*, qu'il peut même en disposer, puisqu'il peut s'associer une tierce personne relativement à cette part.

L'article 69, n° 6, du code de procédure fournit encore un argument en faveur de notre opinion. Les sociétés de commerce peuvent être assignées en leur maison sociale; et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'*un des associés*. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les sociétés *civiles;* pour qu'elles soient dûment citées, il faut que tous les associés qui les composent soient individuellement assignés. (Bruxelles, 21 avril et 10 juillet 1873, P., 1873, 200 et 333 et les notes.)

1327. A l'appui de l'opinion que la société est un corps moral ayant une existence distincte de celle des associés, on invoque :

1° Quelques textes du droit romain, mais qui se rapportent à des corps ou colléges.

2° On dit que le code se sert souvent du mot *société* pour désigner l'être moral, en opposition avec les *associés pris individuellement;* par exemple dans les articles 1845, 1846, 1851, 1859, 1867. Mais c'est là une abréviation pour indiquer l'ensemble des associés, par antithèse à chacun d'eux. Ces passages sont pris dans Pothier, qui se sert aussi du mot *société*, sans en admettre la personnalité morale.

3° On s'appuie sur l'article 1849 portant que l'associé qui a reçu *sa part* de la créance commune doit la rapporter à la masse si le débiteur devient insolvable. Nous avons donné au numéro précédent la véritable explication de cet article.

4° On se fonde sur les articles 1859, n° 2 et 4, et 1860, qui

Digitized by Google

restreignent le droit des associés de se servir des choses de la société et de les aliéner. Le droit de l'être moral plane au-dessus du droit des individus et le condamne à la subordination, dit-on. Cet argument est sans portée aucune; car la restriction du droit individuel de chacun des associés est une conséquence de la propriété *indivise*, et non de la personnalité morale.

5° On invoque le texte de l'article 529. Cet article prouve seulement *qu'il y a des sociétés* qui sont des êtres moraux, mais il ne prouve point que *toutes* les sociétés ont ce caractère. (Voy. l'explication de cet article au livre II, tit. I.)

6° Enfin, on invoque les inconvénients pratiques du système qui n'attribue pas à la société un patrimoine distinct de celui des associés. Nous ne contestons pas que les règles sur les sociétés ne soient susceptibles de réformes pour les mettre mieux en rapport avec les besoins de la vie pratique; mais c'est au législateur de les introduire, le jurisconsulte doit appliquer la loi telle qu'elle est.

IV. DE L'EFFET RÉTROACTIF DU PARTAGE DE LA SOCIÉTÉ.

1328. Le partage est *déclaratif*, non *attributif* des droits qu'il confère aux associés. Il a un effet *rétroactif*. Chaque associé est censé avoir été propriétaire des choses comprises dans son lot *depuis qu'elles ont été apportées dans la société ou acquises par elle*. Il est censé les avoir reçues des mains de celui qui en était propriétaire avant qu'elles eussent été mises en société. L'état d'indivision est, par fiction, censé n'avoir jamais existé (art. 1872, 883).

1329. De là il suit que les charges et hypothèques que l'un des associés avait établies pendant l'indivision, sans en avoir reçu le pouvoir des autres, sur une chose ou sur sa part d'une chose de la société, s'évanouiraient par l'effet du partage, si cette chose tombait dans un lot autre que le sien.

Mais les hypothèques et charges établies du consentement de tous les associés, ou par l'administrateur ou le gérant qui les représentait, seront maintenues; car celui dans le lot duquel la chose grevée tombe a lui-même contribué à établir ces charges. (*Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*)

Digitized by Google

1330. Suivant quelques jurisconsultes, l'associé auquel les choses sont attribuées est censé les avoir possédées *depuis le moment où l'indivision est née,* c'est-à-dire depuis le moment où elles sont entrées dans la société. Suivant d'autres, la rétroactivité ne remonte pas au delà de la *dissolution de la société.*

La première opinion est préférable. Car, d'après l'esprit de l'article 883, l'indivision est censée n'avoir jamais existé. Chaque associé est censé avoir reçu la chose directement des mains de celui qui l'a mise dans la société, ou de qui la société l'a acquise. Il n'y a jamais eu de propriétaire intermédiaire entre celui-là et le copartageant. (Laurent, t. XXVI, n° 418.)

Duvergier, n°s 477, 478, adopte la deuxième opinion, et d'après son système, qui admet la personnalité morale de toutes les sociétés, il a raison. Tous les partisans de la personnalité morale devraient suivre son exemple. Car, une fois que l'on admet la personnalité morale de la société, il y a eu un propriétaire intermédiaire entre l'associé copartageant et celui qui était propriétaire de la chose avant qu'elle fût mise dans la société, et la rétroactivité ne peut pas remonter au delà de la dissolution de la société.

Duvergier est plus conséquent que Troplong, n°s 1063-1067, qui, tout en admettant la personnalité morale de la société, fait remonter la rétroactivité jusqu'au moment où la chose a été mise dans la société ou acquise par elle.

TITRE X.

DU PRÊT.

1331. Les règles sur le prêt ont été puisées dans le droit romain, et spécialement dans les deux traités de Pothier du *prêt à usage* et du *contrat de prêt de consomption.*

1332. Il y a deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire, et celui des choses qui se consom-

Digitized by Google

ment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle prêt à usage, ou *commodat;* la deuxième s'appelle prêt de consommation, ou simplement *prêt* (art. 1874).

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT. (Art. 1875-1891.)

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

1333. Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties (le prêteur) livre une chose à l'autre (l'emprunteur), pour s'en servir *gratuitement,* à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi (art. 1875, 1876).

Le commodat est un contrat *réel* et *unilatéral.* Il n'est formé que par la *remise* de la chose à l'emprunteur, et *alors* ce dernier est obligé à la *rendre.* Une convention par laquelle une personne s'*engage à prêter* gratuitement une chose à une autre n'est pas un commodat, mais simplement une promesse de faire un commodat. Semblable promesse ne constituait en droit romain qu'un simple *pacte* (*pactum de commodando*) sans donner lieu à une action ; en droit français, ce pacte est obligatoire (art. 1107, et t. III, n° 7).

La condition d'*être gratuit* est tellement *essentielle,* que, si elle manquait, le prêt dégénérerait en un autre contrat, par exemple en un louage ou un contrat innomé, selon que le prix consisterait en argent ou en autre chose. Mais une récompense donnée *après* le prêt n'en changerait pas la nature.

1334. Comme ce n'est que l'*usage* de la chose qui fait la matière de ce contrat, l'emprunteur n'en devient pas propriétaire; il n'acquiert pas non plus sur la chose un *droit* réel; il n'en a pas la possession, mais seulement la détention (art. 1877). La translation de propriété n'ayant pas lieu, il s'ensuit que l'on peut aussi prêter à usage une chose dont on n'est pas propriétaire soi-même. Ce contrat est valable entre le prêteur et l'emprunteur. La ques-

Digitized by Google

tion de savoir si un prêt semblable est valable pour le *propriétaire* de la chose prêtée dépend de l'étendue des pouvoirs qu'avait le prêteur.

Par la même raison, on peut *emprunter sa propre chose* dans le cas où l'on ne réunit pas au droit de propriété de sa chose celui de s'en servir soi-même; par exemple le locataire ou l'usufruitier d'une chose peut la prêter au propriétaire.

1335. On peut prêter des meubles ou des immeubles, et généralement tout ce qui est dans le commerce; mais, en règle, on ne peut pas prêter les choses qui se *consomment par l'usage*. Car la chose devant être restituée en nature, cette restitution serait impossible par l'usage même de la chose (art. 1878). Toutefois, on peut prêter des choses fongibles uniquement pour les montrer (*ad ostentationem*), et non pour l'usage naturel et ordinaire que l'on en fait. (Fr. 3, § 6, fr. 4, D., *Commodati vel contrà*, 13, 6.)

1336. Conformément aux principes généraux sur les conventions, les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête et aux héritiers de celui qui emprunte. C'est là la règle (t. III, n° 44). Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer à jouir de la chose prêtée (article 1879). Exemple : Je prête à un savant un livre ou un manuscrit pour s'en servir pour un travail scientifique. Son héritier a une tout autre profession. C'est l'exception. Dans le doute, on présume pour la règle, et le prêt passe aux héritiers.

SECTION II.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR (art. 1880-1887).

1337. 1. L'emprunteur ne peut se servir de la chose qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention, sous peine de dommages et intérêts, s'il y a lieu. Après qu'il s'en est servi, il doit rendre la chose aux temps et lieu convenus, en bon état ou dans l'état dans lequel elle était quand il l'a reçue, et il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose tous les soins

Digitized by Google

d'un bon père de famille; il répond donc de *toute* faute (*culpa levis*), et aussi du vol de la chose, excepté du vol commis avec violence.

En règle, l'emprunteur ne répond pas du cas fortuit, ni des détériorations arrivées par le seul effet de l'usage pour lequel la chose a été empruntée (art. 1880, 1884). (§ 2, 6, 7, I., *Quibus modis re contrahitur,* 3, 15; fr. 5, § 2, 7-9; fr. 18, pr., fr. 23, D., *Commodati,* 13, 6.)

1338. Il résulte de la règle qui précède que l'emprunteur est tenu de la perte de la chose, si dans un *cas fortuit,* tel qu'un incendie par exemple, ne pouvant sauver que sa propre chose *ou* la chose prêtée, il a préféré la sienne et laissé périr la chose prêtée. Car le commodataire est tenu de *toute* faute, et non seulement des mêmes soins qu'il emploie habituellement dans ses propres affaires. Sa responsabilité ne devrait donc cesser que s'il eût été *impossible* de sauver la chose prêtée; cette impossibilité n'a pas existé s'il *a pu* sauver cette chose, et par conséquent il ne peut pas se décharger de la responsabilité sous prétexte d'impossibilité de conserver et de restituer la chose (art. 1882). La question était controversée parmi les jurisconsultes; le code a adopté la solution du fr. 5, § 4, D., *eodem,* avec Pothier, n° 56.

1339. 2. L'emprunteur est aussi tenu du *cas fortuit* dans les trois circonstances suivantes :

a. Si la perte par cas fortuit a été précédée de quelque faute commise dans l'usage même de la chose, c'est-à-dire, s'il l'a employée *à un autre usage* ou *pour un temps plus long* qu'il ne le devait, ou s'il avait pu garantir la chose de la perte, en employant la sienne propre (art. 1881, 1882). Il doit alors répondre du cas fortuit, non seulement si la chose *n'a péri que parce qu'elle a été indûment* employée, mais encore si elle a seulement péri *pendant* l'usage indû, et non par suite de cet usage. La loi ne distingue pas. Toutefois, dans le dernier de ces trois cas, celui où l'emprunteur a employé la chose prêtée, au lieu d'employer la sienne, on doit dire qu'il n'est pas tenu du cas fortuit, s'il a fait cet emploi avec le consentement du prêteur. (Pothier, n° 59.)

1340. Dans les trois hypothèses qui précèdent, l'emprunteur peut-il s'affranchir de sa responsabilité en prouvant que la chose

Digitized by Google

eût également péri s'il n'en eût pas fait un usage indû (art. 1302, alin. 2, et t. III, nos 258, 259)? Troplong, *Tr. du prêt*, n° 101, se prononce pour l'affirmative, en assimilant ce cas à celui de la *demeure*. Mais cette opinion est contraire à la loi, laquelle est plus sévère pour celui qui abuse de la confiance du prêteur que pour celui qui est simplement en demeure. Les Romains considéraient même ces cas comme des vols de l'usage de la chose (*furtum usus*).

1341. *b.* Si l'emprunteur est en *demeure*. La demeure n'a pas lieu de plein droit (t. III, nos 69-71). Ainsi, l'emprunteur ne serait pas tenu du cas fortuit s'il avait simplement gardé la chose chez lui après le terme convenu, sans s'en servir. Mais il ne faut pas dire, avec quelques jurisconsultes, que le commodataire peut *se servir* de la chose jusqu'à ce qu'il reçoive une sommation. Il supporte le cas fortuit par cela seul qu'il *s'est servi* de la chose au delà du terme fixé (art. 1881).

1342. *c.* Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, à moins qu'il n'y ait convention contraire (art. 1883). (Fr. 5, § 3, D., *eodem*.) L'estimation n'a pas pour effet de transférer la *propriété* à l'emprunteur, mais seulement de mettre la chose à ses risques et périls. Le prêteur peut donc en exiger la restitution en nature. Le code a tranché par cet article une controverse du droit romain. (Pothier, n° 62.) Quand même la chose aurait été estimée, l'emprunteur n'est pas tenu des détériorations arrivées par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée. Car l'estimation a seulement pour but d'éviter les contestations sur les deux points de savoir : 1° s'il y a faute ; 2° quelle est la valeur de la chose. La détérioration par l'usage est censée exclue de la responsabilité.

1343. 3. L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit (art. 1885). (Voy., sur cette question, t. III, n° 245.)

Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter (art. 1886). Toutefois il faut admettre que l'emprunteur a un droit de rétention à raison des dépenses extraordinaires et nécessaires qu'il a faites pour la *conservation* de la chose (art. 1890). En pareil cas l'*exceptio doli*, par laquelle

Digitized by Google

on exerce le droit de rétention, est de droit commun; l'article 1948 contient une application du même principe au dépôt. L'article 2102, n° 3 (loi hypothécaire de 1851, art. 20, 4°) donne au créancier un privilége pour les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose. (Fr. 18, § 4, D., *Commodati*, 13, 6; fr. 15, § 2, fr. 59, D., *De furtis*, 47, 2; Pothier, n° 43; Troplong, n° 128.) D'autres jurisconsultes, par exemple Duranton, n° 538, se prononcent contre le droit de rétention.

1344. 4. Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (art. 1887).

SECTION III.

DES ENGAGEMENTS DE CELUI QUI PRÊTE A USAGE (art. 1888-1891).

1345. 1. Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (art. 1888). C'est ce qui distingue le *prêt* du *précaire*, que le prêteur peut retirer quand bon lui semble. Au surplus, le précaire est régi par les règles sur le commodat.

1346. Néanmoins, si, pendant ce délai ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre (art. 1889). Par cette disposition, le code tranche une controverse des interprètes du droit romain causée par la loi *Aede*, 3, C., *Locati*, 4, 65 (*suprà*, n° 1179). On se demandait si la disposition exceptionnelle que cette loi introduisait en faveur du bailleur d'une maison devait s'appliquer au prêteur à usage. Le code a résolu la question affirmativement, tout en abolissant la même disposition en matière de louage (art. 1761).

1347. 2. Le prêteur ne répond que de son *dol* et de sa *faute lourde*. Ainsi lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est

Digitized by Google

responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur (art. 1891). Il n'est pas tenu des vices apparents de la chose (arg. art. 1642).

Il est aussi passible de dommages-intérêts lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu, et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur, pourvu qu'il l'ait connue lui-même. (Pothier, n° 79.)

1348. 3. Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser (art. 1890). (Voy., *suprà*, n° 1343.)

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT. (ART. 1892-1904.)

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION (art. 1892-1897).

1349. Le prêt de consommation (*mutuum*) est un contrat par lequel l'une des parties transfère à l'autre la *propriété* d'une certaine quantité de choses *fongibles*, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité (art. 1892-1894).

1350. Voici les conséquences qui découlent de cette définition :

1° Quant à l'*objet* du contrat; il n'y a que les choses *fongibles* qui puissent en être l'objet; mais il n'est pas nécessaire qu'elles se *consomment par l'usage*. Ces deux termes ont le plus souvent le même sens dans le code. L'argent, qui est ordinairement la matière de cette convention, est en même temps une chose fongible et une chose qui se consomme par l'usage ; il est censé *consommé* quand il a été dépensé ou mêlé avec d'autre argent de manière à ne plus pouvoir en reconnaître l'identité.

Digitized by Google

Le contrat serait un *commodat* s'il avait pour objet une chose qui devrait être rendue dans son *individualité* (art. 1894).

1351. 2° Ce contrat renfermant un *transfert de propriété*, il s'ensuit que, pour prêter valablement, il faut être *propriétaire* de la chose et *capable de l'aliéner*. De là deux questions :

a. Quels sont les effets d'un prêt fait par quelqu'un qui n'était pas propriétaire des choses prêtées? A la rigueur, le prêteur ne peut pas transférer la propriété de ces choses à l'emprunteur. Mais, *en fait de meubles, la possession vaut titre;* les choses prêtées ne peuvent donc pas être revendiquées contre l'emprunteur, et ce dernier est tenu à la restitution envers le prêteur, en vertu du contrat et dans les limites du contrat, quand même les choses prêtées ne seraient pas encore consommées et que le prêteur aurait été de mauvaise foi, sauf le recours du propriétaire contre celui-ci.

Mais, si le propriétaire avait perdu les choses prêtées, si elles lui avaient été volées, ou si l'emprunteur avait su que les choses prêtées étaient d'autrui, le propriétaire pourrait revendiquer les choses entre les mains de ce dernier (art. 2279, 1141; t. III, n° 56). Si, dans les mêmes hypothèses, les choses étaient *consommées*, il faudrait distinguer. Si l'emprunteur avait été de mauvaise foi, il pourrait être poursuivi par le propriétaire en restitution de la valeur. S'il avait été de bonne foi, le propriétaire ne pourrait plus agir contre lui, sa revendication étant éteinte par la perte de la chose; mais l'emprunteur serait tenu envers le prêteur en vertu du contrat, et le propriétaire pourrait agir contre le premier en vertu de l'action subrogatoire (t. III, n°s 81-85).

1352. *b*. Quel est l'effet du prêt fait par une personne incapable d'aliéner, par exemple un mineur ou un interdit? Le contrat lie l'emprunteur, mais il ne lie pas le prêteur. Ainsi, celui-ci peut exiger que l'emprunteur rende la chose ou son équivalent, sans être lui-même lié par les époques ou les conditions de remboursement fixées par la convention (art. 1125).

1353. 3° Quant à l'obligation de *restituer*, cette obligation, si elle résulte d'un prêt en *argent*, n'est toujours *que la somme numérique* énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette

Digitized by Google

somme, dans les espèces ayant cours au moment du payement (art. 1895). Cette règle n'a pas lieu si le prêt a été fait en *lingots*. Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela (art. 1896, 1897). Toutefois si les denrées ont été prêtées sur estimation, c'est un prêt d'argent, et l'emprunteur doit en rendre la même valeur.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR (art. 1898-1901).

1354. 1° Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées avant le terme convenu (art. 1899). L'article 1889 (n° 1346) n'est pas applicable ici. La raison n'est pas identique. Ici il s'agit de choses fongibles que l'on peut se procurer. Au surplus, l'article 1889 est contraire aux principes généraux de droit, et ne doit pas être étendu.

1355. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge *peut* accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances (art. 1900). A la rigueur, l'emprunteur devrait rendre les choses prêtées au moment même de la demande, d'après la règle : *qui sine die debet, statim debet* (t. III, n° 173). Le prêteur pourrait donc demander la restitution immédiatement après le prêt. Mais comme telle n'a probablement pas été l'intention des parties, la loi autorise le juge à fixer le délai de la restitution suivant l'intention probable des parties en prenant en considération les circonstances dans lesquelles le prêt a eu lieu. Le juge *pourrait* donc aussi, au lieu de fixer un délai, condamner l'emprunteur à restituer *immédiatement* après la demande.

Il ne faut pas confondre le délai de restitution que le juge peut fixer en vertu de l'article 1900 avec celui *de grâce* qu'il peut accorder en vertu de l'article 1244 (t. III, n° 171). Ce dernier délai peut être accordé par le juge, quand même le terme de la restitution *a été fixé*.

Digitized by Google

1356. S'il a été convenu que l'emprunteur payerait *quand il le pourrait*, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de payement, suivant les circonstances (art. 1901). Le plus souvent l'emprunteur aura, dans ce cas, des difficultés à rendre immédiatement; mais, s'il le pouvait, le juge pourrait l'y condamner.

Le prêt contracté à la charge de restituer quand l'emprunteur le *voudrait*, est nul à la rigueur (art. 1174, t. III, n° 99). Cependant, le plus souvent, il résulte de la nature de la convention que ces termes sont équivalents à *quand il pourra*. (Bruxelles, 13 nov. 1865, P., 1866, 218.)

1357. 2° De même que le prêteur à usage, le prêteur à consommation ne répond que de son dol et de sa faute lourde, si les choses prêtées ont des vices ou des défauts (art. 1898, 1891, *suprà*, n° 1340).

SECTION III.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR (art. 1902-1904.)

1358. L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu (art. 1902).

A défaut de convention, et si le prêt a pour objet une *somme d'argent*, elle doit être restituée au domicile du débiteur, conformément aux règles générales sur le payement (t. III, n° 174). S'il s'agit d'autres choses fongibles, par exemple de denrées, la restitution doit se faire au *lieu où l'emprunt a été fait* (arg. article 1903, alin. 2). S'il a été convenu que la restitution doit se faire à un autre endroit, le prêt peut n'être pas gratuit, par exemple s'il y avait des frais de remise à faire. Le prêt pourrait même être usuraire, si les frais de remise dépassaient l'intérêt de 5 ou 6 pour cent.

1359. Si l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre les choses prêtées, il est tenu d'en payer la valeur. Il ne s'agit pas ici d'une impossibilité absolue et radicale, mais d'une impossibilité relative; en d'autres termes, *si le débiteur n'exécute pas son*

Digitized by Google

engagement (art. 1147). Son obligation serait la même, et elle ne serait pas plus sévère si le débiteur ne restituait pas, sans qu'il y eût impossibilité de rendre, même dans le cas où le prix serait augmenté depuis l'époque du contrat. (Duranton, nos 588-590.)

En cas d'impossibilité *absolue*, par exemple si le genre avait péri ou avait été mis hors du commerce, le débiteur serait libéré, sauf à restituer la valeur dont il se serait enrichi.

1360. Si le débiteur ne rend pas les choses prêtées, il doit rendre la *valeur en argent*. Deux cas peuvent se présenter :

1° Le temps et le lieu de la restitution ont été fixés par la convention. Ils servent de base pour fixer la valeur des choses prêtées; cette disposition est conforme à l'ancien droit.

2° Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement doit se faire au prix du temps et du lieu *où l'emprunt a été fait* (article 1903). Le code a changé le droit romain, d'après lequel le débiteur devait, dans ce cas, payer la valeur que les choses prêtées avaient au temps et au lieu où la demande était intentée. (Fr. 22, D., *De rebus creditis*, 12, 1; fr. 3, D., *De condictione triticaria*, 13, 3.) Le motif de ce changement, c'est de déjouer des calculs dépourvus de loyauté, tant de la part du prêteur que de l'emprunteur. Le premier pourrait choisir pour le remboursement l'époque où les choses prêtées seraient au plus haut prix; l'emprunteur pourrait choisir celle où les choses seraient au plus bas prix. (Troplong, *Prêt*, nos 290-296.)

1361. Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice (art. 1904).

La loi suppose que l'objet de la *demande* est *une somme d'argent*, soit parce que c'est de l'argent qui a été prêté, soit parce que le prêteur demande la *valeur en argent* des autres choses prêtées que l'emprunteur ne rend pas. Ainsi entendu, l'article 1904 n'est qu'une application des règles générales sur la demeure exposées au t. III, nos 70 et 79. Les auteurs sont en dissension sur le point de savoir si l'article s'applique seulement au prêt d'une somme d'argent, ou aussi au prêt d'autres objets. Nous croyons que le législateur est parti de la présomption que, si les choses prêtées n'ont pas été rendues, le prêteur ne peut demander que la valeur en argent, conformément au numéro précédent,

Digitized by Google

avec les intérêts légaux depuis le jour de la demande. (Laurent, t. XXVI, n° 511.)

L'article ne prévoit que l'hypothèse où le terme de la restitution a été fixé; s'il n'y en a point, et que le juge fixe le délai de la restitution, il peut, suivant les circonstances, suspendre le cours des intérêts jusqu'à son expiration. (Troplong, n° 303, et *suprà*, n° 1355.)

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT. (ART. 1905-1914.)

I. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1362. Le prêt de consommation n'est pas *essentiellement* gratuit, comme le commodat (art. 1876, *suprà*, n° 1333); il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières (art. 1905). Le contrat n'est un prêt à intérêt que lorsqu'il a pour objet des choses fongibles.

1363. Les intérêts ne sont pas dus de plein droit; il faut qu'ils aient été stipulés. Toutefois le code les considère comme un dédommagement pour la privation des avantages que la somme ou la chose prêtée aurait pu procurer au prêteur, s'il en avait lui-même conservé l'usage. En partant de ce point de vue, il les considère en quelque sorte comme une obligation naturelle. « L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés », dit l'article 1906, « ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital. » (Voy. art. 1235, et t. III, n° 158, 159.) Dans son discours au Corps législatif, n° 6, le tribun Albisson dit que « cette doctrine avait été reçue jusqu'ici dans les provinces régies par le droit écrit, d'après la maxime *usuræ solutæ non repetuntur*, puisée dans la loi 3, C., *De usuris*, 4, 32; et cela, dans le temps même où la stipulation d'intérêts y était défendue. » (Locré, XV, 62.)

Digitized by Google

Cette interprétation, qui semble réellement être l'origine de l'article 1906, était erronée; car la loi 3, C., *De usuris*, ne dit pas que les intérêts *payés* ne peuvent pas être répétés; mais elle dit que les intérêts ne peuvent être *exigés* qu'en vertu d'une *stipulation;* mais que, alors même qu'il n'y aurait eu qu'un simple *pacte*, ils ne peuvent plus être répétés ni imputés sur le capital s'ils ont été *payés* en vertu de ce pacte. C'est le *pacte* même qui est la cause de l'obligation naturelle.

1364. Le droit romain permettait la stipulation d'intérêts. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 181.) Les théologiens du moyen âge et les canons de l'Église, confondant dans une même prohibition l'abus et le dédommagement légitime pour la privation de l'usage de la chose, défendaient tout prêt à *usure* ou à *intérêt*. (Voy. Pothier, *Du prêt de consomption*, n°s 55-56.) Les lois du royaume de France, notamment la déclaration du roi Philippe le Bel du 8 décembre 1312 et l'ordonnance de Blois de 1579 consacraient cette défense de stipulation d'intérêt pour prêt. (Pothier, n° 67.) La plupart des jurisconsultes français, et particulièrement Pothier et Domat, combattent la légitimité des intérêts, au nom du droit naturel et de la morale.

Le taux légal de l'intérêt pour le contrat de constitution de rente (*infrà*, n° 1377), et pour le cas de demeure, était de cinq pour cent en matière civile; en matière de commerce, les usages n'avaient rien d'arrêté sur le taux de l'intérêt.

1365. Le décret de l'Assemblée constituante des 3-12 octobre 1789, abolissant les dispositions contraires du droit canon et des anciennes ordonnances, permit à l'avenir à tous les particuliers, corps, communautés ou gens de mainmorte de prêter l'argent à terme fixe, avec stipulation d'intérêt, suivant le taux déterminé par la loi, sans entendre rien innover aux usages du commerce.

Le taux de l'intérêt commercial n'étant pas fixé, on concluait de la rédaction de cette loi que la fixation de cet intérêt était abandonnée à la volonté des parties.

Plusieurs lois ont jeté de la confusion dans cette matière. On suppose souvent que l'argent a été déclaré marchandise et qu'il est dès lors devenu matière de commerce comme toute autre chose. Voici ce que nous trouvons à cet égard. Le décret des 5-6 septembre 1792 a prohibé l'exportation hors du royaume des

Digitized by Google

matières d'or et d'argent soit en lingots ou ouvrages, soit en monnaie au cours de France ou de l'étranger. Le décret des 11-16 avril 1793 défend, sous peine de six années de fers, la vente du numéraire de la république et déclare qu'aucuns achats, ventes, traités, conventions ou transactions ne pourront contenir d'obligation autrement qu'en *assignats*. Le décret du 6 floréal an III (25 avril 1795) rapporte le décret du 11 avril 1793 portant que le numéraire de la république en or ou argent n'est pas marchandise, et en autorise l'exportation, en donnant caution de faire rentrer pour sa valeur des denrées de première nécessité. Le même décret autorise l'ouverture des *Bourses*. Le décret du 2 prairial an III (21 mai 1795) rapporte le dernier décret qui a déclaré marchandise l'or et l'argent monnayés et ordonne l'exécution des lois antérieures qui prohibent le commerce des monnaies métalliques.

Le décret du 11 avril 1793, art. 5, et celui du 8 avril de la même année, art. 2, font mention d'un décret qui déclare l'argent *marchandise;* mais ce décret paraît n'avoir jamais été publié.

Après ces diverses dispositions et à une époque où les assignats étaient déjà dépréciés, vint la loi du 5 thermidor an IV (23 juillet 1796), dont l'article 1er porte : « A dater de la publication de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui semblera; les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et valeurs stipulés. » L'article 3 abolit les dispositions des lois contraires à la présente. Le véritable but de cette loi était de lever la prohibition de stipuler les payements en numéraire au lieu d'assignats, portée par les lois précédentes. Mais les cours d'appel et de cassation y virent en même temps la proclamation du principe d'une liberté absolue en fait de stipulation d'intérêts, interprétation qui trouvait un appui dans la confusion qui régnait dans la législation antérieure.

1366. A l'époque de la publication du code, l'abus de l'usure était fréquent et il fut signalé. Mais comme le taux de l'intérêt peut varier d'après la loi de l'offre et de la demande, et que les transactions à cet égard avaient joui d'une liberté complète, le législateur hésitait à fixer le taux de l'intérêt. Il se borna à déclarer *en principe* qu'il appartenait au législateur de limiter le

Digitized by Google

taux de l'intérêt conventionnel. L'article 1907, alinéa 1, dit que l'intérêt est légal ou conventionnel; que l'intérêt légal est fixé par la loi, et que l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. La fixation de l'intérêt conventionnel continuait donc d'être laissée à la volonté des parties. Seulement le taux de l'intérêt conventionnel devait être fixé *par écrit* (art. 1907, alin. 2), dans le but d'imposer à l'usure le frein de la honte. (Discours au Corps législatif, n° 6, Locré, p. 63.) A défaut de fixation par écrit, l'intérêt était réduit au taux légal.

1367. La loi du 3 septembre 1807 vint compléter la législation sur cette matière. Elle fixe le taux de l'intérêt au maximum de 5 pour cent en matière civile et de 6 pour cent en matière de commerce. Le débiteur qui a acquitté des intérêts plus élevés peut exiger le remboursement de l'excédant par lui payé, ou l'imputation de cet excédant sur le payement du capital (art. 1-3). L'article 4 de la même loi érige l'usure en un délit puni d'une forte amende.

La loi du 3 septembre 1807 n'est pas applicable aux prêts antérieurs à sa promulgation, même en ce qui concerne les intérêts qui ont couru depuis cette époque (art. 5); le débiteur doit les intérêts de ces prêts au taux de la convention. Elle ne s'applique pas aux prêts sur gage faits par les monts-de-piété.

En **France**, les articles 3 et 4 de la loi du 3 septembre 1807 relatifs au délit d'usure ont été modifiés par la loi du 19 décembre 1850.

Sur le taux des intérêts dans les **possessions françaises** au nord de l'*Afrique*, voy. t. III, n° 79.

Sur les monts-de-piété, voy. la loi du 24 juin 1851.

En **Belgique**, le taux de l'intérêt conventionnel est librement déterminé par les parties, depuis la loi du 5 mai 1865. (Voy. t. III, n° 78.)

II. DU PRÊT ORDINAIRE A INTÉRÊT.

1368. D'après la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt conventionnel ne peut excéder, en matière civile, cinq pour cent, ni, en matière de commerce, six pour cent. Les intérêts d'un prêt fait

Digitized by Google

par un commerçant à un non-commerçant peuvent être fixés à six pour cent. (Cass. fr., 29 avril 1868, 28 avril 1869 et 10 janvier 1870, D., 1868, 1, 312; 1869, 1, 241; 1870, 1, 60; Bordeaux, 27 avril 1869, D., 1870, 2, 218; Douai, 24 janvier 1873, D., 1874, 2, 203.)

Le prêt des choses mobilières n'est pas soumis aux dispositions restrictives de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux des intérêts. (Aix, 26 juillet 1871, D., 1873, 2, 86.)

L'article 1907 du code n'est plus applicable aujourd'hui en ce qu'il prescrit que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Le motif de cette loi a cessé. Cette disposition a été faite *contre le créancier;* aujourd'hui, le créancier ne pouvant jamais exiger au delà du taux légal, elle tournerait contre le débiteur, le taux conventionnel, s'il diffère du taux légal, devant toujours être au-dessous de ce dernier.

1369. La loi du 3 septembre 1807 atteint tous les actes faits pour déguiser un prêt à intérêt, par exemple le contrat pignoratif, ou la convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble vend en apparence cet immeuble au prêteur, sous la condition de pouvoir le racheter pendant un certain temps, et de pouvoir le garder pendant cet intervalle à titre de bail, moyennant un fermage destiné à représenter les intérêts de la somme qu'il a reçue. Il en est de même d'autres contrats semblables.

1370. Les conventions qui déguisent un prêt à usure ne sont pas nulles; elles ont les effets qu'elles peuvent légalement avoir comme actes simulés, c'est-à-dire les effets *licites* attachés à la convention que les parties ont, en réalité, eu l'intention de conclure. Par exemple le contrat pignoratif vaut comme prêt avec antichrèse. Mais les intérêts payés, qui excèdent le taux légal, doivent être restitués ou imputés sur le capital.

1371. La *preuve* de l'usure peut se faire par témoins et par présomptions (art. 1353), quand même des actes sous seing privé ou des actes authentiques déclareraient que le créancier n'a reçu que l'intérêt légal. Les mêmes moyens de preuve sont admissibles pour prouver la simulation par laquelle le prêt usuraire est déguisé.

1372. La défense de stipuler des intérêts au delà du taux légal ne s'applique pas aux conventions dans lesquelles le pré-

Digitized by Google

teur se soumet à des risques extraordinaires (arg. art. 1976 du code civil, 311 du code de commerce). L'excédant des intérêts légaux est alors considéré comme une prime d'assurance. Elle ne s'applique pas non plus aux opérations qui ne sont pas de simples prêts, mais des contrats compliqués et mêlés de mandat ou de louage de services, telles que les opérations de la Banque foncière, de la Caisse des propriétaires, etc. (Bruxelles, 3 janvier 1844; Cass., 26 décembre 1844; B.J., t. 2, 182; t. 3, 189; P., 1845, 122.)

1373. La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le payement et en opère la libération (art. 1908). Cette présomption exclut la preuve contraire. L'article 1908 ne dit pas seulement que la quittance du capital fait *présumer* le *payement* des intérêts, mais il ajoute qu'elle opère *libération*. La libération peut aussi être fondée sur la remise (art. 1254, 1282, comp. avec l'art. 1352). Il n'y a plus d'action. (Troplong, n° 414; Laurent, t. XXVI, n° 518.) Duranton, n° 606, admet la preuve contraire. Il nous semble que la preuve contraire doit être admise seulement lorsque la quittance a été donnée par erreur.

III. DES RENTES PERPÉTUELLES.

A. *Notion de la rente et introduction historique.*

1374. Une rente est une prestation périodique consistant en argent ou autres choses fongibles.

L'obligation de faire une semblable prestation peut être contractée à titre *gratuit,* ou à titre *onéreux*.

Lorsque cette obligation a été créée gratuitement ou moyennant un capital que le débiteur a reçu, la rente s'appelle *constituée*, et le contrat par lequel elle a été créée, *constitution de rente* (art. 1909); si la rente a été stipulée pour prix d'un immeuble acheté par le débiteur, elle s'appelait autrefois rente *foncière* ou *réservée* (art. 530, et t. I[er] n[os] 861-863), et le contrat s'appelait *bail à rente*.

1375. Une rente peut être constituée de deux manières, en *perpétuel* ou en *viager* (art. 1910).

1376. Sur l'origine des rentes foncières, voy. t. I[er], n° 862,

Digitized by Google

sur celle des rentes viagères, voy. *infrà*, titre XII, chapitre II. Ici nous ne traiterons que des rentes *constituées*.

C'est la défense de prêter à intérêt (n° 1364) qui donna naissance au contrat de constitution de rente. Ce contrat renfermait une double aliénation; le débiteur *vendait* la rente, et le capital qu'il recevait était le *prix* de cette vente. Il devenait débiteur de la *rente*, et non du capital principal qu'il avait reçu, et que le créancier ne pouvait plus répéter contre lui ; mais le débiteur pouvait toujours *racheter* la rente ou s'en affranchir en remboursant le capital. D'un autre côté, on considérait aussi la constitution de rente comme une *vente à perpétuité du capital*, vente dont le prix consistait précisément dans le payement perpétuel de la rente. Le créancier, qui avait aliéné le capital, ne pouvait pas en *exiger* la restitution, mais le débiteur pouvait l'opérer pour s'affranchir de la rente. « Rentes constituées à deniers sont rachetables à toujours. » (Loysel, *Instit. cout.*, n° 511.) Anciennement les rentes constituées à prix d'argent n'étaient pas rachetables ; mais le pape Pie V ayant ordonné par sa bulle de 1570 qu'à l'avenir elles pourraient toujours être rachetées, ce principe passa dans les coutumes lors de leur réformation.

Le contrat de constitution de rente a été inventé pour éluder les lois prohibitives du prêt à intérêt, et pour lui substituer un autre moyen de trouver l'argent dont on pouvait avoir besoin, sans être obligé de vendre ses propriétés, souvent à vil prix.

L'analogie qui existait entre le contrat de constitution de rente et le prêt à intérêt avait fait douter à plusieurs théologiens qu'il fût licite. Deux bulles papales, l'une de Martin V rendue en 1423, l'autre de Calixte III rendue en 1455, décidèrent que ce contrat était licite. (Pothier, *Tr. du contrat de constitution de rente*, n°s 4-7.)

1377. Le taux auquel on pouvait se faire constituer une rente perpétuelle ne pouvait pas dépasser celui fixé par les ordonnances. Ce taux a varié. Anciennement on pouvait stipuler une rente *au denier dix*, ou à 10 p. c., c'est-à-dire un franc de rente pour dix francs de capital; Charles IX, par son édit du mois de mars 1567, a réduit ce taux au denier douze (8 1/3 p. c.); Henri IV, par l'édit de juillet 1601, au denier seize (6 1/4 p. c.); Louis XIII, par l'édit du mois de mars 1634, au denier dix-huit

Digitized by Google

(5 5/9 p. c.) ; Louis XIV, par l'édit de décembre 1665, au denier vingt (5 p. c.). L'édit du mois de mars 1720, rendu sous la régence, à l'époque où le système de Law était en faveur, réduisait les rentes au denier cinquante (2 p. c.); mais cet édit n'a pas été enregistré; un autre, du mois de juin 1724, les ramena au denier trente (3 1/3 p. c.), mais par l'édit de juin 1725 le taux du denier vingt (5 p. c.) a été rétabli. (Pothier, n° 10.) Ce dernier taux a été suivi jusqu'à la révolution française.

1378. Le décret de la Constituante des 3 12 octobre 1789 ayant permis le prêt à intérêt, les contrats de constitution de rente sont devenus plus rares. Depuis ce décret jusqu'à la loi du 3 septembre 1807, il était permis de constituer une rente au même taux auquel il était permis de prêter. Aujourd'hui ce taux est de 5 p. c. au maximum.

En **Belgique**, le taux de l'intérêt est libre. (Loi du 5 mai 1865 ; voy. t. III, n° 78.)

B. *Effets de la constitution de rente.*

1. EN GÉNÉRAL.

1379. Le caractère essentiel de la constitution de rente, c'est l'*aliénation du capital;* le prêteur n'a plus le droit d'en *exiger* le remboursement, il ne peut demander que le payement régulier de la rente stipulée. L'interdiction d'exiger le capital ne doit pas être *expresse;* elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat.

1380. Mais la rente perpétuelle est *essentiellement rachetable,* c'est-à-dire le débiteur a le *droit* de s'en *affranchir,* en remboursant au créancier le capital. Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé (art. 1911). Si le délai pendant lequel le remboursement ne peut pas avoir lieu a été stipulé pour un temps plus long, il est réductible à dix ans. Le contrat n'est pas nul (arg. art. 1660).

1381. Lorsqu'un immeuble a été vendu pour un prix capital qui a été converti en une rente, la non-rachetabilité peut-elle être stipulée seulement pour *dix* ans, ou bien pour *trente* ans ?

Digitized by Google

En d'autres termes, faut-il alors appliquer l'article 1911, ou bien l'article 530? Si le prix n'a été ajouté que pour fixer la somme moyennant laquelle le rachat de la rente peut avoir lieu, on doit appliquer l'article 530. Mais, si la vente a réellement eu lieu pour un prix capital, et que, par un acte postérieur, par une véritable novation, le prix ait été converti en une rente, il faut appliquer l'article 1911.

1382. La rente constituée est divisible; car elle est considérée comme un simple prêt. Donc, si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux peut, pour sa part, payer les arrérages et rembourser le capital (art. 1220, et t. III, n° 145). (Duranton, n° 613; Troplong, n° 448; Laurent, t. XXVII, n° 13.)

Sous l'ancien droit, les héritiers du débiteur ne pouvaient pas forcer le créancier à accepter des remboursements partiels, parce que l'on considérait le remboursement comme un *rachat* ou *réméré* de la rente, et on le jugeait d'après les principes du réméré (articles 1669-1670, et t. III, n° 1049). Les règles sur le réméré doivent être appliquées aux rentes constituées *avant le code*. (Duranton, n° 613.)

2. SPÉCIALEMENT DU DROIT D'EXIGER LE REMBOURSEMENT DU CAPITAL.

1383. En règle, le créancier ne peut pas exiger le remboursement; mais il peut l'exiger dans *trois cas*. Le motif commun à ces cas est que le débiteur n'offre plus les garanties de l'exacte exécution de son obligation. Le débiteur peut être contraint au rachat, c'est-à-dire au remboursement du capital:

1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années (art. 1912, 1°).

On a diversement expliqué les mots: *s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années*. Suivant une interprétation, il faut que *trois années* se soient écoulées sans payement, parce que l'obligation de payer n'existe qu'après *la première échéance;* à la deuxième échéance, le débiteur est en retard *pendant un an* de remplir son obligation, et seulement à la troisième échéance il a cessé pendant *deux* ans de remplir son obligation. (Caen, 26 juillet 1820, cassé le 12 novembre 1822.)

Suivant l'autre interprétation, ces termes veulent dire: si pendant *deux années le débiteur n'a pas acquitté les arrérages au jour*

Digitized by Google

de l'échéance, de sorte qu'il doit deux années. Cette dernière interprétation est juste. Le sens de la loi est évident. (Troplong, n° 483; Laurent, t. XXVII, n° 18.)

1384. Faut-il que les deux années pendant lesquelles le débiteur n'a pas exécuté ses obligations soient *consécutives ?* La question, de peu d'importance pratique, se réduit à savoir si le débiteur de plusieurs annuités a le droit d'imputer le payement d'une annuité sur une échéance autre que la *plus ancienne*. Par exemple il doit les échéances de 1851 et 1852; il offre *une* annuité en déclarant vouloir l'imputer sur l'année 1852; puis il reste en retard de payer l'échéance de 1853, le créancier peut-il demander le remboursement ?

Il est évident que si le créancier a *accepté* l'imputation sur l'annuité due pour 1852, avant d'avoir reçu celle de 1851, le débiteur a purgé la demeure pour l'année 1851, et le nouveau délai de deux années ne commence qu'avec l'année 1853. Mais le débiteur n'a pas le *droit de forcer* le créancier à recevoir l'année 1852 avant l'année 1851, puisqu'il ne peut pas le forcer à recevoir un *payement partiel* (art. 1244, et t. III, n° 171). Si aucune convention n'a été faite expressément lors du payement, l'imputation se fait sur l'échéance la plus ancienne (art. 1256, alin. 2). (Troplong, n° 484.)

1385. Faut-il que le débiteur soit constitué en demeure, pour que le créancier puisse demander le remboursement ? On distingue :

1. Si la rente est *quérable*, c'est-à-dire payable au domicile du débiteur, le créancier ne peut exiger le remboursement s'il ne justifie pas d'une manière régulière qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir les arrérages. Comme cette justification ne peut se faire que par une sommation faite au débiteur (art. 1139), le remboursement ne peut être exigé qu'après sa mise en demeure. (Duranton, n°s 619, 620; Troplong, n° 479.) Il en est de même dans le cas où le lieu du payement n'a pas été fixé (arg. art. 1247.)

Le débiteur ne peut plus éviter le remboursement en offrant le payement des arrérages après la mise en demeure, mais avant l'action en justice. (Bruxelles, 21 décembre 1859 et 19 décembre 1860; B. J., t. 18, 129; t. 19, 723; P., 1860, 48; 1861, 140).

2. La rente est *portable*, c'est-à-dire payable au domicile du créancier. Il y a controverse. Suivant les uns, le débiteur doit

Digitized by Google

être mis en demeure; suivant les autres, le créancier peut demander le remboursement par le seul fait du défaut de payement des arrérages. La deuxième opinion est confirmée par le texte de la loi, qui dit, non pas que le créancier peut demander la résolution du contrat, mais que le *débiteur peut être contraint* au rachat. La résolution s'opère de plein droit, et le juge ne peut plus accorder un délai de grâce, comme dans le cas de l'article 1184. L'article 1912 n'exige pas la mise en demeure. (Duranton, n° 619; Troplong, n°s 473-477; Bruxelles, 30 octobre 1852 et 21 décembre 1859; B. J., t. 10, 1457, t. 18, 129; P., 1853, 28; 1860, 48.)

1386. Le débiteur ne peut pas être contraint au remboursement si c'est par la faute ou le fait du créancier qu'il a été empêché d'acquitter exactement les arrérages. Pour éviter le remboursement, le débiteur n'est pas tenu de consigner.

1387. L'article 1912, alinéa 1, ne s'applique pas aux rentes réservées ou foncières. En cas de non-payement des arrérages pendant deux années, le créancier ne peut pas exiger le remboursement du capital. Mais, conformément aux principes généraux, il peut demander la résiliation de la vente parce que le débiteur ne remplit pas ses engagements (art. 1184).

1388. L'article 1912, alinéa 1, ne s'applique pas aux débiteurs d'une rente constituée à titre gratuit, par exemple par don ou par legs. Car la nature de la disposition de cet article est toujours la résolution d'un contrat, bien qu'elle ait lieu de plein droit (art. 1184). Le créancier a donné son argent pour avoir la rente. Or, on ne peut pas demander contre le donateur la *résolution du contrat* s'il n'exécute pas son engagement. La résolution, ce serait l'annulation de la donation. On ne peut pas argumenter de ce que la rente constituée à titre gratuit est rachetable comme les autres, car c'est dans l'intérêt du *débiteur* que le principe du rachat est admis. (Troplong, n° 486.)

Mais l'article 1912, alinéa 1, s'applique à toutes les rentes constituées à un titre onéreux autre qu'un prêt, par exemple à titre de transaction, de vente de denrées ou autres objets. (Duranton, n° 622.)

1389. La disposition de l'article 1912, alinéa 1, est une innovation; elle était inconnue à l'ancien droit. On se demande s'il faut l'appliquer aux rentes constituées *avant* le code, lorsque *de-*

Digitized by Google

puis la publication du code le débiteur a cessé de remplir ses obligations pendant deux années? La jurisprudence et la plupart des auteurs se prononcent pour l'*affirmative*, par le motif que c'est une cause de résolution naissant de faits postérieurs au contrat, et que l'exécution des conventions se règle par la loi en vigueur au moment où l'exécution en est réclamée. (Troplong, n° 485; les arrêts de Bruxelles des 30 octobre 1852 et 21 décembre 1859 cités sous le n° 1385, et Bruxelles, 10 mai 1854, J. P. B., 1854, 307 ; P., 1855, 314.)

La *négative* est juste. Car *tous les effets* quelconques d'un contrat, ainsi que ses conditions de validité et les causes de nullité et de rescision, se règlent d'après la loi en vigueur au moment où il a été conclu. Autrement la loi aurait un effet rétroactif. Les partisans de l'opinion contraire confondent *la forme* de l'exécution avec la disposition matérielle faite dans le but de mieux garantir l'exécution. (Voy. t. I, n° 53 ; Chabot de l'Allier, *Questions transitoires*, v° *Rente constituée*, n° 3 ; Duranton, n° 615.)

1390. Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, dont quelques-uns ne payent pas exactement les arrérages, le créancier ne peut demander le remboursement que contre ceux-ci, et seulement dans la proportion de leurs parts héréditaires.

1391. 2° Le débiteur peut être contraint au rachat s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat (article 1912 2°). Cette disposition comprend aussi le cas où le débiteur *diminue* les sûretés fournies en vertu du contrat; par exemple, s'il a démoli la maison sur laquelle la rente était hypothéquée. (Bruxelles, 10 mai 1854; *suprà*, n° 1389.) Il faut sous-entendre que les sûretés n'ont pas été fournies ou ont été diminuées *par la faute du débiteur*. Si les sûretés avaient été diminuées *sans la faute* du débiteur, il faut l'admettre à en fournir de nouvelles (art. 2138; loi hypothécaire **belge**, art. 79, alin. 2);

1392. 3° Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur (art. 1913 et 1188).

Digitized by Google

TITRE XI.

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE. (ART. 1915-1963.)

1393. Ce titre a pour source le *Traité du contrat de dépôt*, par Pothier.

CHAPITRE I.

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

1394. Le dépôt, en général, est un contrat *réel* par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (art. 1915). On appelle aussi *dépôt* la chose déposée même.

Il y a deux espèces de dépôts : le *dépôt* proprement dit et le *séquestre* (art. 1916).

Le dépôt proprement dit est ou *volontaire* ou *nécessaire* (article 1920).

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE ET DE L'ESSENCE DU CONTRAT DE DÉPÔT.

1395. La définition donnée au numéro précédent s'adapte aussi au *dépôt proprement dit*. L'objet essentiel du contrat de dépôt, c'est la *garde* (*custodia*) d'une chose ; s'il renferme d'autres obligations, il change de nature. Il faut aussi que la chose ait

Digitized by Google

été remise au dépositaire *uniquement* dans le but d'être *gardée* par lui. Ainsi, il n'y a pas de contrat de dépôt proprement dit, si celui qui détient une chose est tenu de la garder en vertu d'un *autre contrat*, par exemple si l'on a fait remise des titres à son fondé de pouvoirs, un avocat ou un avoué, afin de défendre une cause. Cette personne est tenue de garder les titres en vertu du mandat. (Fr. 1, §§ 11-13; D., *Depositi*, 16, 3.)

De là il résulte que, si je vous confie une chose pour l'examiner, soit dans mon intérêt, soit dans notre intérêt commun, il n'y a pas de contrat de dépôt, parce que la garde de la chose n'est pas le but principal du contrat. (Fr. 17, § 2, D., *De præscriptis verbis*, 19, 5.)

Le dépôt est un contrat *unilatéral;* le dépositaire seul est la partie obligée (t. III, n° 8).

1396. Les conditions requises pour le contrat de dépôt sont :

1° Il faut qu'il ait pour objet une chose *mobilière* (art. 1918). Le code a décidé une controverse existant autrefois entre les interprètes du droit romain;

2° Le dépôt est un contrat réel; il faut donc qu'il y ait eu *remise* ou *tradition* de la chose ; le dépositaire ne peut *garder* ou *rendre* qu'autant qu'il a reçu une chose. Sans la tradition, il peut bien y avoir un pacte sur un dépôt futur, d'ailleurs parfaitement valable, mais il n'y a pas de dépôt.

La tradition n'est plus nécessaire quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose qui fait l'objet du contrat (*traditio brevi manu*). Le code dit que c'est une tradition *feinte* (art. 1919);

3° Le dépôt est essentiellement *gratuit* (art. 1917). L'article 1928, alinéa 2, qui permet de stipuler un *salaire* pour la garde du dépôt, est en contradiction avec cette règle. Le code aurait dû ajouter, comme le fait Pothier, n° 31, que, dans ce cas, le dépôt prend le caractère d'un louage de services (voy. *infrà*, n° 1404 2°);

4° La *garde* de la chose doit être le *but principal* du contrat (n° 1395). Toutefois l'autorisation donnée au dépositaire de se servir de la chose ne ferait pas dégénérer le dépôt en prêt. Il y aurait, dans ce cas, un dépôt *irrégulier* qui aurait pour effet de mettre les choses déposées aux risques du dépositaire, si elles se

Digitized by Google

consommaient par l'usage. Mais le contrat conserverait la nature du dépôt, en ce qui concerne l'obligation du dépositaire de restituer la chose à la première réquisition (art. 1944), et la contrainte par corps dont il pourrait être passible. (Pothier, n° 82.)

SECTION II.

DU DÉPÔT VOLONTAIRE, ET SPÉCIALEMENT DES CONDITIONS DE LA VALIDITÉ ET DE LA PREUVE DE CE CONTRAT (art. 1921-1926.)

1397. Le code, en traitant des conditions et de la preuve du dépôt volontaire, ne fait qu'appliquer les principes généraux sur les obligations.

1. Pour former le dépôt, il faut le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit (art. 1921 et t. III, n° 10).

1398. 2. Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que *par le propriétaire* de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite (art. 1922). Cette règle ne doit pas être prise dans un sens trop absolu. Car le dépôt n'est pas un acte d'aliénation, il ne confère au dépositaire ni la propriété ni la possession. Celui qui est simplement *détenteur* d'une chose peut la déposer chez un tiers, et le contrat est alors valable entre le déposant et le dépositaire; ce dernier ne peut pas en refuser la restitution sous prétexte que le déposant n'en est pas propriétaire (art. 1938, et *infrà*, n° 1410).

Le sens de l'article 1922 est que le propriétaire n'est pas lié par un dépôt fait sans son consentement exprès ou tacite. Le dépositaire ne peut exercer contre le propriétaire l'action *depositi contraria*, en restitution des dépenses faites pour la conservation de la chose, ni user du droit de rétention, à moins qu'il n'ait, par le fait même du dépôt, utilement géré les affaires du propriétaire, auquel cas il a contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum*. (Laurent, t. XXVII, n° 82.)

1399. 3. Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre per-

Digitized by Google

sonnes capables de contracter (art. 1925, alin. 1 ; 1125, et t. III, n° 31).

Toutefois, il faut distinguer deux cas :

a. Si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire ; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt (article 1925, alin. 2).

Le dépositaire capable peut avoir contre l'incapable l'action *negotiorum gestorum*. S'il y avait dans la personne du déposant non pas simple incapacité, mais absence entière de consentement, il n'y aurait pas de contrat de dépôt (art. 1921).

b. Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier (art. 1926, 1312 et t. III, n° 284).

Lorsqu'une personne incapable qui a accepté un dépôt est poursuivie en dommages-intérêts, pour n'avoir pas apporté à la garde du dépôt tous les soins qu'elle aurait dû y apporter, elle peut repousser cette action en faisant prononcer l'annulation ou la rescision du contrat.

Il en est encore ainsi si le *déposant lui-même est incapable*. L'article 1926, alin. 1, n'est pas restrictif, en disant : *par une personne capable*. (Voy. t. III, n° 280.)

1400. 4. Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs. (Dijon, 12 mai 1876, D., 1877, 2, 129.)

Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution (art. 1923 et 1924). Toutefois la déclaration du dépositaire, en vertu de l'article 1924, ne peut porter, vis-à-vis du tiers, que sur le dépôt; elle ne peut avoir pour effet de servir à un tiers de titre à un don manuel. (Jug. trib. civ., Gand, 16 mars 1868, B. J., t. 26, 571.)

Digitized by Google

C'est une application du principe général, que le défendeur doit être renvoyé si le demandeur ne prouve pas son droit, ainsi que des règles sur la preuve testimoniale. Donc, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le serment soit déféré au dépositaire, ni à la preuve par témoins dans les cas des articles 1347 et 1348, ni à ce que le serment soit déféré d'office (t. III, n°s 434 et suiv.; t. III, n°s 381-394; 448-451; Laurent, t. XXVII, n°s 91-92.)

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE (art. 1927-1946).

1401. Le dépositaire a deux obligations principales : 1° celle de garder la chose; 2° celle de la restituer.

I. DE L'OBLIGATION DE GARDER LA CHOSE (art. 1927-1931).

1402. Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927). Il n'est pas tenu de *tous* les soins d'un bon père de famille, parce que le dépôt est un bon office et gratuit.

En droit romain, le dépositaire ne répond que des *fautes lourdes* (*culpa lata*). Le code lui impose la *diligentia quam in suis rebus*. Le dépositaire qui, par suite d'une faute *légère*, s'est mis dans l'impossibilité de restituer le dépôt, est libéré en prouvant qu'il n'apporte pas plus de soins à la garde de ses propres choses, tandis que, en droit romain, le déposant aurait dû lui prouver, dans le même cas, qu'il apportait habituellement plus de soins dans la garde de ses propres choses. Il ne faut pas conclure de l'article 1927 que le dépositaire serait libéré s'il commettait des fautes *lourdes* aussi dans la garde de ses propres choses.

Suivant Zachariæ, § 403 1°, on ne peut exiger du dépositaire *que les soins d'un bon père de famille* (art. 1137), quoiqu'il donne habituellement à la garde de ses propres choses des soins plus exacts. C'est une erreur. Car celui qui apporte moins de soins à

Digitized by Google

la garde des choses d'autrui qu'à la garde des siennes propres, commet une faute *grave*, dont il doit *toujours* répondre. (Fr. 32, D. *Depositi*, 16, 3; voy. t. III, n° 65, alin. 2.) Par application de cette règle, il a été jugé que le dépositaire qui confie la chose déposée à un tiers infidèle, sans nécessité et sans le consentement du déposant, commet une faute lourde qui le rend responsable de la perte de la chose survenue par l'abus de confiance de ce tiers. (Cass. fr., 9 novembre 1874, D. 1875, 1, 154.)

1403. Si le dépositaire, ne pouvant sauver de deux choses qu'une, a préféré la sienne, il n'est pas tenu de payer la valeur de la chose déposée. Car il ne devait pas *plus de soins* à la garde de la chose déposée qu'à la sienne, et l'application des *soins égaux* était impossible ici. L'article 1882 (*suprà*, n° 1338) n'est pas applicable au dépositaire, l'emprunteur étant tenu plus sévèrement, parce que le contrat se fait uniquement dans son intérêt.

Cependant on doit ici admettre une distinction. Si la chose déposée était d'une valeur beaucoup plus élevée que celle du dépositaire, il aurait *dû* sauver la première, parce qu'il aurait agi ainsi si les deux choses lui avaient appartenu. Mais, dans ce cas, il pourrait demander contre le déposant la valeur de sa propre chose qu'il aurait sacrifiée pour sauver la chose déposée (art. 1947).

1404. La règle de l'article 1927 (n° 1402) doit être appliquée avec *plus de rigueur*, c'est-à-dire le dépositaire sera tenu en *bon père de famille*, donc de *toute* faute, mais pas du cas fortuit (art. 1929) :

1° S'il s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt (fr. 1, § 35, D., *Depositi*, 16 ,3); car il a pu être cause que le déposant ne s'est pas adressé à d'autres, qui auraient apporté tous les soins convenables pour la conservation de la chose déposée ;

2° S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt. (Fr. 5, § 2, D., *Commodati*, 13, 6.) Dans ce cas, le dépôt n'étant plus gratuit change de nature (voy. n° 1398);

3° Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire (fr. 4, pr. D., *De rebus creditis*, 12, 1);

4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute (art. 1928). (Fr. 1, § 6, D., *Depositi*, 16, 3.)

Digitized by Google

1405. Dans le dépôt irrégulier, la perte par cas fortuit est supportée par le dépositaire, parce qu'il est débiteur d'un *genus*. Il en est encore ainsi dans le cas où le dépôt irrégulier est conditionnel, (fr. 4, pr., D., *De rebus creditis*, 12, 1). Le dépositaire répond aussi du cas fortuit qui est la suite d'un dol ou d'une faute précédente (*casus culpa* ou *dolo determinatus*), par exemple si la chose a péri pendant qu'il s'en est servi (art. 1930). Si le dépôt avait pour objet une somme d'argent, et que le dépositaire s'en soit servi, il en doit les intérêts légaux (arg. art. 1302).

1406. Le dépositaire ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant. Il ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses qui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé, ou sous une enveloppe cachetée (art. 1930 et 1931).

II. DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LA CHOSE (art. 1932-1946).

1407. Quatre points sont à examiner : 1° qu'est-ce qui doit être restitué (art. 1932-1936)? 2° à qui (art. 1937-1941)? 3° où (art. 1942-1943)? et 4° quand la chose doit-elle être rendue (art. 1944)?

1408. 1. De ce qui doit être restitué (art. 1932-1936). Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur (art. 1932). Il n'est pas tenu d'échanger les pièces de monnaie déposées chez lui à deniers découverts, quand même il aurait prévu la diminution des espèces. Il n'est obligé d'apporter des soins qu'à la *garde* de la chose. Le dépositaire ne doit rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge du déposant. Si la chose lui a été enlevée par une force majeure et qu'il ait reçu un prix ou quelque chose à la place, il doit restituer ce qu'il a reçu en échange (art. 1933 et 1934; loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851, art. 10). Le dépositaire, qui se prétend libéré par force majeure, doit la prouver. (Caen, 8 août 1872, D., 1874, 2, 196.)

Digitized by Google

Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution (art. 1936).

1409. L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix (art. 1935).

Si l'héritier avait détérioré de bonne foi la chose déposée, il ne serait pas responsable. S'il l'avait consommée, il en devrait la valeur au moment de la consommation. S'il l'avait aliénée à titre gratuit, il ne serait pas tenu, à moins d'avoir profité de la donation.

L'héritier ne peut pas invoquer en sa faveur la *présomption* de sa bonne foi. S'il invoque sa *libération* fondée sur *sa bonne foi*, c'est à lui de la prouver. C'est une question de fait.

1410. 2. A qui doit être faite la restitution (art. 1937-1941)? Il faut distinguer :

a. En règle, le dépositaire doit restituer la chose déposée à celui qui la lui a confiée (art. 1937).

Si le déposant était incapable de contracter, le dépositaire, qu'il ait connu ou ignoré l'incapacité, pourrait refuser la restitution du dépôt à cette personne même, et exiger l'intervention de celui sous la puissance duquel l'incapable est placé (arg. art. 1925, 1940). (Troplong, n° 138; Pothier, n°s 5 et 6.)

Si la personne qui a fait le dépôt a changé d'état; par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari ; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction ; dans tous ces cas et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant (art. 1940).

b. Si le dépôt a été fait au nom d'une autre personne, par exemple, par suite d'un mandat, il doit être restitué à celui *au nom duquel* il a été fait, et non aux héritiers du déposant, en cas de décès de celui-ci (art. 1937). Ainsi, si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou cet administrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie (art. 1941).

Digitized by Google

c. Si le dépôt a été fait avec indication d'un tiers pour le receveur, il doit être rendu à ce tiers (art. 1937).

d. En cas de décès de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son *héritier*. S'il y a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion. Si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir (art. 1939). (Paris, 1er décembre 1876, D., 1878, 2, 73 et la note.)

1411. Même dans le cas où le dépôt a été fait avec indication d'un tiers pour le recevoir, il doit, en cas de décès du déposant, être restitué à ses héritiers. On considère l'ordre de restituer le dépôt à un tiers comme un *mandat* qui s'éteint par la mort du mandant (art. 2003). C'est là la raison juridique par laquelle on peut justifier cette disposition. Elle est fondée sur ce que souvent ces sortes de dépôts couvraient des fidéicommis et des donations contraires à la loi. (Discours de Favard au Corps législatif, n° 10, Locré, XV, 136; voy. trib. civ., Gand, 16 mars, 1868, B. J., t. 26, 571.)

1412. Le dépositaire ne peut exiger de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée. (Fr. 1, § 39; fr. 31, § 1, D., *Depositi*, 16, 3.) Car son obligation de rendre est fondée sur son contrat avec le déposant, quel que soit le droit de ce dernier sur la chose. (Bruxelles, 18 juillet 1876, P., 1878, 201.)

Néanmoins, si le dépositaire découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui de qui il l'a reçu (art. 1938). Le dépositaire qui néglige de faire cette dénonciation peut être condamné aux dommages-intérêts envers le propriétaire. S'il a su que la chose était volée, il peut même être poursuivi comme complice ou recéleur (code pénal, art. 62; nouv. code pénal belge, art. 505).

Lorsque le dépositaire est poursuivi en restitution, avant d'avoir dénoncé au propriétaire le vol qu'il a découvert, il peut refuser de restituer immédiatement et demander un délai pour faire sa

Digitized by Google

dénonciation au propriétaire. Si le propriétaire ne réclame pas dans le délai fixé, le juge ne peut suspendre la restitution, à moins que le délai fixé au propriétaire n'ait été insuffisant. Si le propriétaire revendique sa chose entre les mains du dépositaire, en vertu de l'article 2279, celui-ci doit appeler le déposant en cause et faire juger la contestation entre ce dernier et le propriétaire réclamant. Il ne doit se dessaisir du dépôt que sur jugement ou du consentement du déposant.

1413. 3. Où le dépôt doit-il être rendu (art. 1942, 1943)? Le dépôt doit être rendu au lieu désigné par le contrat; s'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant. Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt. Par *lieu du dépôt,* dans l'article 1943, il faut entendre le lieu où se trouve le dépôt au moment de la restitution, à moins que le dépositaire n'eût déplacé la chose de mauvaise foi. (Pothier, n° 57; fr. 12, § 1, D., *Depositi,* 16, 3; Troplong, n° 168.)

1414. 4. Quand doit-il être rendu? Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée (art. 1944). Les mots *aussitôt qu'il le réclame* doivent être entendus avec un tempérament raisonnable. Il faut laisser au dépositaire le délai nécessaire (*modicum tempus*) pour effectuer la restitution, si, par exemple, la chose se trouvait à un endroit autre que celui fixé pour la restitution. Le dépositaire, de son côté, peut rendre la chose quand il veut (arg. *à contrario* de l'art. 1960), et si le déposant ne veut pas la recevoir, il peut en faire la consignation, à moins qu'il ne se soit expressément ou tacitement engagé à garder le dépôt pendant un certain temps. Cette obligation résulte de l'indication d'un terme pour la restitution du dépôt. (Troplong, n° 173.)

Le dépositaire, créancier du déposant d'une dette non connexe avec le dépôt, ne peut saisir-arrêter le dépôt entre ses propres mains (art. 1293, 1885, 1948).

Digitized by Google

III. DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE (art. 1945, 1946).

1415. Le dépositaire qui a frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée a commis un délit entraînant la peine d'un emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au plus et d'une amende qui ne peut être au-dessous de 25 francs. D'après le nouveau code pénal belge, article 491, la peine est celle d'un mois à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 26 à 500 francs, et le dépositaire est par conséquent passible de contrainte par corps pour le payement des dommages-intérêts dus au déposant (code pénal, art. 408, 52; nouv. code pénal belge, art. 491, 40, 46). Mais la contrainte par corps ne peut être prononcée à raison des dommages-intérêts auxquels le dépositaire serait condamné pour n'avoir pas apporté à la garde de la chose les soins qu'il aurait dû y apporter. C'est là une différence entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire (n° 1; loi belge du 27 juillet 1871).

Le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession de biens (art. 1945). (Voy. t. III, nos 205 et suiv.)

1416. Toutes les obligations du dépositaire cessent s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée et que le déposant n'avait sur cette chose aucun droit de jouissance ni de détention (art. 1946; fr. 15, D., *eod.*, 16, 3). Car, si le déposant avait quelque droit sur cette chose, il a pu la déposer chez celui qui en était propriétaire, de même que l'on peut prêter à quelqu'un sa propre chose. (Voy. *suprà*, n° 1334.)

Un dépôt peut être confié à plusieurs dépositaires, et la garde matérielle par l'un d'eux n'exclut pas la qualité de dépositaire des autres. (Bruxelles, 23 février 1863, P., 1863, 275.) Dans ce cas, les dépositaires ne sont pas tenus solidairement; ils sont responsables chacun pour sa part et portion. Mais l'action en restitution pourrait être intentée contre celui qui a la garde matérielle de la chose (arg. art. 1221, n° 2, et t. III, n° 146 2).

Digitized by Google

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE PAR LAQUELLE LE DÉPÔT A ÉTÉ FAIT (art. 1947, 1948).

1417. La personne qui a fait le dépôt est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées (art. 1947). Les sommes avancées par le dépositaire pour la garde et la conservation du dépôt sont de plein droit productives d'intérêts (arg. art. 2001). (Bruxelles, 10 août 1855, B. J., t. 14, 1369; P., 1856, 34.)

Le dépositaire ne peut demander le remboursement des dépenses voluptuaires ni des dépenses utiles. Mais, quant à ces dernières, il pourrait les répéter comme *negotiorum gestor*.

1418. Le dépositaire peut *retenir* le dépôt jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû *à raison du dépôt* (art. 1948). Le droit de rétention peut être opposé au tiers qui a acquis la chose déposée. (Cass. fr., 8 décembre 1868, D., 1869, 1, 76.) La question de savoir si le dépositaire peut retenir la chose déposée même pour dépenses faites à raison du dépôt, était très controversée parmi les interprètes du droit romain, à cause de la loi 11, C., *Depositi*, 4, 34. Le code a, dans sa décision, suivi l'opinion professée par Pothier, n° 58 3°, mais contraire à la plupart des jurisconsultes.

SECTION V.

DU DÉPÔT NÉCESSAIRE.

I. DU DÉPÔT NÉCESSAIRE PROPREMENT DIT (art. 1949-1951).

1419. Le dépôt nécessaire (*depositum miserabile*) est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu (art. 1949).

Digitized by Google

Comme, dans des circonstances semblables, on ne peut pas choisir son dépositaire, et que l'on est forcé souvent de se confier à la première personne qui se présente, l'édit prétorien des Romains punissait plus sévèrement la violation de ce dépôt, en condamnant le dépositaire infidèle à la restitution du *double* de la valeur de la chose déposée. (Fr. 1, § 1, D., *Depositi*, 16, 3.) Les lois et la jurisprudence françaises n'avaient pas admis cette peine du double de la valeur du dépôt; mais l'ordonnance de 1667 l'avait remplacée par deux autres dispositions favorables, l'une relative à la *preuve*, l'autre à la contrainte *par corps*, dispositions reproduites par le code. (Rapport au Tribunat, n° 15, Locré, XV, 139.)

1420. Ce dépôt se forme, comme le dépôt volontaire, par le consentement des parties. Il est régi par les principes sur le dépôt ordinaire, sauf deux modifications :

1. A l'égard de la *preuve*. La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs (art. 1950; 1348, n° 2, et t. III, n° 393, 2°). La preuve testimoniale peut avoir pour objet, soit le *fait même* du dépôt, soit la nature et la *valeur* des choses déposées;

2. Le dépositaire est passible de la contrainte par corps pour toutes les condamnations qui peuvent être prononcées contre lui, à raison d'un détournement frauduleux du dépôt, mais non à raison de la perte ou de la détérioration des choses déposées, arrivées par la simple faute du dépositaire (art. 2060, n° 1; loi belge du 21 mars 1859, art. 3, 2° et *suprà*, ad n° 1415.)

II. DU DÉPÔT FAIT DANS LES HÔTELS (art. 1952-1954).

1421. Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un *dépôt nécessaire* (art. 1952). Le droit romain ne considère pas l'aubergiste comme un dépositaire; il donne contre lui une action spéciale, dont les détails sont exposés dans le titre D., *Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant*, 4, 9, qui est la source des dispositions du code. Les règles sur cette matière, et notam-

Digitized by Google

ment celles relatives à la preuve, doivent être complétées par ce qui a été dit au n° 393, 3°. Le juge a un certain pouvoir discrétionnaire pour décider dans quels cas l'aubergiste devient responsable quand la chose n'a pas été remise à sa garde personnelle. (Observations du Tribunat, n° 4; Discours de Favard au Corps législatif, n 16, Locré, XV, 117, 140.)

Les motifs pour lesquels la loi assimile au dépôt nécessaire celui des effets apportés par le voyageur dans l'hôtel sont : que le dépôt se fait dans l'intérêt des deux parties; que l'aubergiste s'offre en quelque sorte pour le recevoir; que souvent le voyageur ne connaît pas l'hôtel; qu'il est forcé de suivre la foi de l'aubergiste, et qu'on ne rédige pas, en entrant dans un hôtel, un acte sur les effets que l'on y introduit.

1422. Il faut assimiler aux hôteliers les personnes qui louent des chambres garnies aux voyageurs. (Cass. fr., 27 juin 1811.) Mais il ne faut pas leur assimiler les personnes qui tiennent des cafés, des tables de pension ou d'autres établissements de ce genre. (Cass. fr., 26 janvier 1875, D., 1875, 1, 219.) Quant à ceux qui tiennent des bains publics, il y a plus de doute. (*Contrà*, Caen, 17 décembre 1875, D., 1876, 2, 190.) Cependant, il y a identité de raisons pour les assimiler aux hôteliers.

Les articles 1952 et suiv. ne s'appliquent pas au cas où des personnes viennent habiter, en qualité de locataires, une auberge de la ville où elles résident. La raison de la loi n'est pas la même.

1423. L'article 1952 dit : *Par le voyageur qui loge chez eux.* Il suit de là que le dépôt d'un objet fait par un voyageur dans une auberge où il ne loge pas ne constitue pas un dépôt nécessaire. De même, si un voyageur en partant laisse à l'aubergiste des effets qu'il avait apportés dans l'hôtel, le dépôt cesse d'être nécessaire, et se convertit en un dépôt ordinaire ou volontaire.

1424. Ce dépôt se forme par le seul apport des effets dans l'hôtellerie, sans qu'il soit nécessaire que le voyageur ait déclaré qu'il les confiait à la garde de l'aubergiste; il se forme ainsi tacitement. L'article 1952 repousse l'opinion de Pothier, n° 79, d'après lequel les effets doivent être *consignés* à l'hôtelier. La loi ne distingue pas entre les effets ordinaires et les objets précieux. En principe il ne faut pas distinguer non plus entre les effets, ou

Digitized by Google

l'argent dont le voyageur a besoin, et celui dont il n'a pas absolument besoin pour son usage, sauf le pouvoir discrétionnaire du juge, conformément au n° 1421.

1425. Les aubergistes sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (art. 1953). Par *personnes allant et venant dans l'hôtellerie,* il ne faut pas seulement entendre les voyageurs reçus dans l'hôtel, mais toutes les personnes quelconques qui s'y introduisent, fût-ce même furtivement.

1426. La responsabilité de l'aubergiste cesse : 1° en cas de vol fait avec force majeure. Le vol commis de nuit et avec effraction n'est pas un cas de force majeure; il aurait pu être évité par la garde soigneuse; 2° s'il y a faute de la part du voyageur, par exemple s'il avait oublié de retirer la clef de sa chambre, ou s'il avait déposé ses effets dans un endroit ouvert à tout le monde, sans en prévenir l'aubergiste. Pour cette raison, l'aubergiste ne répond pas du vol des domestiques du voyageur, commis sur leur maître. Mais il répond du vol commis, même avec violence, par ses propres domestiques (arg. art. 1384 et t. III, n° 481).

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE (art. 1955-1963).

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SÉQUESTRE.

1427. Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire (art. 1955).

Digitized by Google

SECTION II.

DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL (art. 1956-1960).

1428. Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige à la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir (art. 1956).

Cet article dit : *Par une ou plusieurs personnes*. Il n'y a de véritable séquestre qu'autant que la chose ait été déposée par *deux* personnes au moins, ou au nom de deux personnes au moins. Si le séquestre n'avait été fait que par une seule personne, par exemple par le détenteur de la chose, ce serait un dépôt ordinaire qui devrait être restitué au déposant. Même dans le cas où le déposant aurait déclaré que la chose serait rendue à la personne qui serait jugée devoir l'obtenir, ce serait un dépôt ordinaire dans le sens de l'article 1937.

L'article 1956 contient donc une erreur de rédaction, à moins que l'on n'admette que la loi a voulu dire simplement que la *remise matérielle* peut être faite par un seul des contractants.

1429. Le séquestre peut n'être pas gratuit (art. 1957). Lorsque le séquestre n'est pas gratuit, il perd son caractère de dépôt et prend celui d'un louage de service. Lorsqu'il est gratuit, il est régi par les principes ordinaires sur le dépôt (art. 1958), sauf les modifications suivantes :

1° Le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles (art. 1959);

2° Le séquestre ne peut se démettre de la garde de la chose séquestrée, avant la fin du procès, si ce n'est pour cause légitime. (Voy. *suprà*, n° 1414.) C'est un dépôt avec terme, seulement le terme est incertain;

3° Le séquestre ne peut être déchargé que du consentement *de toutes les parties intéressées* (art. 1960).

1430. Que faut-il entendre par ces derniers mots? Une discussion longue et confuse s'est engagée au conseil d'État à ce sujet. (Séance du 28 nivôse an XII, nos 26 et 27, Locré, XV, 109-115.)

D'après les vrais principes du droit, le séquestre doit être

Digitized by Google

valablement libéré s'il restitue la chose du consentement des personnes qui ont fait le dépôt. C'est avec celles-là que le séquestre a contracté; il n'a pas contracté avec des tiers, et le dépôt n'a pas été fait en leur nom. Il en serait autrement si le tiers prétendant avait fait une opposition entre les mains du séquestre (art. 1944).

Toutefois, ces idées semblent n'avoir pas prévalu au conseil d'État, ainsi qu'il résulte de l'Exposé des motifs de Réal, d'après lequel l'article 1960 doit s'étendre à toutes les personnes qui, par leur intervention au litige, ont manifesté des prétentions capables d'exiger leur concours lors de la remise de l'objet séquestré. (Troplong, n° 273; Exposé des motifs, n° 13, Locré, XV, 126.)

Cette idée est confirmée par les mots *contestation terminée*, et par les mots *jugée devoir l'obtenir* de l'article 1956 (n° 1428). Le séquestre ne peut donc pas ignorer les prétentions d'un tiers, puisqu'il ne doit se dessaisir de la chose deposée qu'en vertu d'un jugement. Juridiquement, on peut justifier cette opinion, en disant que les déposants ont, à toute éventualité, indiqué, pour recevoir le dépôt, la personne qui serait jugée devoir l'obtenir (art. 1956).

C'est aussi contre cette personne que le séquestre peut répéter en totalité les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose (art. 1947, 1948).

1431. Suivant Pothier, n° 89, le séquestre a, pour le remboursement de ses dépenses, une action *solidaire* contre les parties qui ont concouru à l'établissement du séquestre. On peut appuyer cette opinion sur l'article 2002, parce que le séquestre participe le plus souvent de la nature du mandat; mais elle est controversée.

SECTION III.

DU SÉQUESTRE OU DU DÉPÔT JUDICIAIRE.

1432. La justice peut ordonner le séquestre : 1° des meubles saisis sur un débiteur; 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux

Digitized by Google

ou plusieurs personnes; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (art. 1961).

1433. L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter à la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille. Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de mainlevée de la saisie. L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi.

Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge. Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel (art. 1962, 1963).

TITRE XII.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

1434. Le contrat aléatoire est une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.

Tels sont le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère. Les deux premiers sont régis par les lois maritimes (art. 1964, 1104, alin. 2).

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

I. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1435. La définition générale des conventions aléatoires, donnée au numéro précédent, s'adapte au jeu et au pari, que l'on

Digitized by Google

peut spécialement définir : des promesses réciproques *sous des conditions opposées*. Car l'une partie promet de payer quelque chose pour le cas où un événement arrive, l'autre le promet pour le cas contraire.

Le jeu et le pari sont des conventions synallagmatiques réunissant *toutes* les conditions de validité des contrats en général, et, d'après les principes sur la matière, elles devraient produire tous leurs effets juridiques. Portalis, dans l'Exposé des motifs n° 7, et Siméon, dans son rapport au Tribunat n° 4 (Locré, XV, 171 et 186), se sont laissé entraîner trop loin par leur zèle à réprouver le jeu quand ils ont dit que la promesse ou l'obligation contractée au jeu est *sans cause*. L'existence de la *cause*, d'après la définition que nous en avons donnée t. III, n° 35, est évidente : la cause de la promesse conditionnelle de l'une partie, c'est l'engagement pris par l'autre partie sous la condition contraire. D'ailleurs si la convention ayant pour objet un jeu ou un pari était *sans cause*, elle serait absolument *nulle* et ne produirait pas même une obligation naturelle ; ce qui aurait été payé pourrait être répété, et la loi dit le contraire.

D'autres motifs ont jeté sur ces conventions la défaveur de la loi ; ce sont : d'abord, la circonstance que le bénéfice fait par l'une partie n'est jamais l'équivalent d'une prestation qu'elle fait elle-même ; c'est un gain qui l'enrichit et appauvrit l'autre ; ensuite, les manœuvres déloyales et frauduleuses qu'emploient souvent les joueurs de profession ; enfin les conséquences désastreuses du jeu pour les individus, pour les familles et pour la morale.

1436. Le droit romain défendait de jouer de l'argent, excepté pour la consommation et dans les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, et encore l'enjeu ne pouvait-il dépasser la valeur d'un *solidus*. Celui qui avait perdu dans un jeu ou un pari non autorisé pouvait même, pendant cinquante ans, répéter, par la *condictio indebiti,* ce qu'il avait payé. (Fr. 2, § 1, fr. 3 et 4 pr. D., *De aleatoribus,* 11, 5 ; l. 3, C., *De aleatoribus,* 3, 43.)

Les capitulaires de Charlemagne, plusieurs conciles, les ordonnances de saint Louis et de beaucoup de ses successeurs contiennent des dispositions prohibitives des jeux. Bornons-nous à citer celle de Moulins de 1566, qui, dans son article 59, ac-

Digitized by Google

cordait aux mineurs seulement l'action en répétition des sommes perdues au jeu. La question de savoir si la dette de jeu payée par un majeur pouvait être répétée était controversée. L'ancienne jurisprudence se prononçait contre la répétition et Pothier partageait cette opinion. (*Du jeu*, n° 8 et suivants.)

L'ordonnance de 1629, article 138, reproduit dans la déclaration du 1er mars 1781, article 10, déclarait « toutes dettes contractées pour le jeu nulles, et toutes obligations et promesses pour le jeu, quelque déguisées qu'elles fussent, nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles ».

Mais, malgré la sévérité de ces lois, la répétition de sommes perdues et payées ne fut pas admise. (Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 181.) Le code civil est resté fidèle aux anciennes traditions.

II. EFFETS.

1437. La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payement d'un pari (art. 1965). On ne peut parvenir au même résultat par une voie indirecte. C'est pourquoi une dette de jeu, bien qu'on puisse la considérer comme une obligation naturelle, ne peut être cautionnée, ni faire l'objet d'une novation, ni être opposée en compensation (voy. t. III, nos 159, 238). Si elle a été, par novation, convertie en une dette nouvelle, on peut, pour la faire annuler, en prouver l'origine par témoins. (Zachariæ, § 386, notes 4 et 5.)

1438. Sont exceptés de la règle du numéro précédent les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume, et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive (art. 1966). Car, dans ce dernier cas, il paraît évident que le but principal des parties a été le jeu de hasard, et non l'agrément ou l'exercice du corps.

1439. Bien que la loi n'accorde aucune *action* en justice pour une dette de jeu, elle refuse cependant au perdant le droit de *répéter* ce qu'il a *volontairement* payé en exécution de sa convention, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie

Digitized by Google

ou escroquerie. La loi considère, avec Pothier, la dette de jeu comme une obligation naturelle, laquelle, acquittée *volontairement*, c'est-à-dire sans contrainte ni erreur de fait ou de droit, ne peut être répétée (art. 1967, 1235, et t. III, n°s 159 et 162).

Le mandat de payer une dette de jeu est valable, et le mandataire qui a payé une pareille dette a une action en recours contre le mandant. (Paris, 7 janvier 1874, D., 1877, 5, 267.)

La répétition a lieu également lorsque les sommes ont été perdues et payées par une personne incapable de contracter, par un mineur, un interdit, un individu placé sous conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil, par une femme mariée sans l'autorisation de son mari.

1440. L'enjeu est acquis de plein droit au gagnant, s'il a été mis sur la table en présence des parties. Car, par cela même que chaque partie a mis la chose en présence de l'autre (*in conspectu posita est*) de manière que cette dernière puisse s'en emparer sous la condition convenue, il y a transmission de possession ou tradition éventuelle, donc payement. (Fr. 79, D., *De solutionibus et liberationibus*, 46, 3; Maynz, *Cours de droit romain*, § 84, notes 11-14.)

Mais, si alors le perdant s'en emparait, le gagnant aurait-il une action pour lui faire rendre l'enjeu? Oui, sans doute. Car, en réclamant l'enjeu en justice, le gagnant n'intente plus une action pour *payement d'une dette de jeu*, mais il demande la *restitution d'une propriété* dont il a été dépouillé injustement, par ruse ou par violence. (Zachariæ, § 386, note 9.) L'opinion contraire est professée par Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 201, mais sans motifs.

Et, par la même raison, il faut décider que le gagnant a une action contre le tiers, si l'enjeu a été remis à un tiers. La tradition a été faite au tiers, lequel détient pour le propriétaire éventuel. (Zachariæ, même endroit. *Contrà*, Troplong, n° 202.)

1441. L'action en justice ne doit pas être refusée du chef des prêts qui ont été faits au joueur pour jouer, soit par un autre joueur, soit par un tiers. Ce n'est pas une dette de jeu.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1442. La rente viagère est le droit à une prestation périodique *déterminée*, consistant en argent ou en autres choses, durant la vie du créancier ou d'une autre personne. Il ne faut pas confondre la rente viagère avec le *contrat d'alimentation* ou le *bail à nourriture*, qui était fort en usage pendant le moyen âge et qui l'est encore aujourd'hui dans beaucoup de contrées, surtout à la campagne. Ce dernier contrat, par lequel on stipule la nourriture, l'entretien et les soins en état de santé et de maladie, la vie durant, moyennant l'abandon d'un capital déterminé ou d'un fonds, renferme des obligations de faire qui ne sont pas appréciables en argent d'une manière précise; il diffère beaucoup de la rente viagère et n'est pas régi par les principes qui règlent celle-ci. (Cologne, 6 mai 1842 et 17 mars 1843; Bruxelles, 13 mars 1845; Cass. B., 7 février 1846, B. J., t. 1, 7 et 1074; t. 3, 715; t. 4, 377; Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 230; Laurent, XXVII, n°s 262-264.)

1443. Les *legs* de rentes annuelles et viagères étaient en usage chez les Romains, comme le prouve le fr. 8, D., *De annuis legatis*, 33, 1; mais le *contrat* de rente viagère leur était inconnu; du moins leur législation ne nous en a laissé aucune trace.

Il paraît que le contrat de rente viagère est une transformation du contrat d'alimentation ou bail à nourriture, appelé aussi *démission de biens* dans plusieurs coutumes françaises. Cette convention était très anciennement en usage chez les Francs et les nations germaniques, le plus souvent entre personnes de la même famille et comme succession anticipée; de là le terme *démission de biens*. Nous en trouvons déjà un modèle dans la collection des formulaires du moine Marculfe qui date du milieu du VIIe siècle. (*Marculfi formulæ*, lib. II, c. 13, dans Baluze, *Capitularia regum*

Digitized by Google

Francorum, Paris, 1687, t. II, p. 413.) Vers la même époque, sous les deux premières races des rois de France, nous trouvons une autre institution à laquelle se rattache l'origine du contrat de rente viagère, ce sont les *précaires*. Un particulier aliénait à perpétuité à une église ou à un monastère un fonds de terre ou un capital en argent, et il recevait, en retour, des usufruits ou des rentes à vie d'un produit supérieur à celui du fonds ou du capital aliéné. Par un capitulaire de 846, Charles le Chauve défend de faire des précaires des biens de l'Église, si celui qui donne à l'Église ne reçoit d'elle, outre l'usufruit de ce qu'il a donné, l'usufruit du double sur le fonds de l'Église; ou bien, dans le cas où il a renoncé à l'usufruit de ce qu'il a donné, si l'Église ne lui donne un usufruit de terres ecclésiastiques valant le triple. (*Capitula Caroli Calvi*, tit. VII, 22; Baluze, t. II, p. 32; Troplong, *Contr. aléat.*, n° 205.)

Au moyen âge, plusieurs théologiens attaquèrent la validité du contrat de rente viagère, par le motif qu'il était usuraire; ils ne tenaient pas compte de l'élément *aléatoire* qu'il renferme. Leur opinion, combattue d'ailleurs par d'autres autorités de la même science, ne prévalut pas.

SECTION PREMIÈRE.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DE CE CONTRAT (art. 1968-1976).

1444. 1. La rente viagère peut être constituée à titre *onéreux* ou à titre *gratuit*. Elle est constituée à titre onéreux lorsque celui qui contracte l'obligation de la payer reçoit comme équivalent une somme d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou un immeuble (art. 1968). Dans ce cas, le contrat est purement consensuel; il est parfait et produit ses effets dès que les parties sont d'accord sur les deux prestations, sauf stipulation contraire; ainsi, par exemple, elles peuvent convenir que les arrérages ne commenceront à courir qu'à partir du moment où le créancier de la rente aura fait sa prestation.

Digitized by Google

La rente viagère constituée à titre onéreux est, sauf son caractère aléatoire et les conséquences qui en découlent, régie par les principes sur la vente; ce contrat peut donc, dans certains cas, être rescindé pour cause de lésion. (Voy. t. III, n° 1069.)

1445. La rente peut être aussi constituée à titre purement *gratuit*, par donation entre-vifs ou par testament. Dans ce cas, elle est régie par les principes sur les actes de libéralité en général; ainsi, elle est *réductible* si elle excède ce dont il est permis de disposer, et elle est *nulle* si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir (art. 1969, 1970).

1446. 2. Quant à la *forme,* il faut distinguer. Aucune forme spéciale n'est prescrite pour la constitution de rente à titre *onéreux*. Si elle est constituée à titre *gratuit*, elle doit être revêtue des formes requises par la loi pour les donations entre-vifs ou pour les testaments (art. 1969, 893).

Toutefois, dans le cas où la rente a été constituée au profit d'un tiers, et que le prix en a été fourni par une autre personne, elle n'est pas assujettie aux formes requises pour les donations, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité. Car alors le contrat entre le constituant qui devient le débiteur de la rente et celui qui en fournit le capital est à titre *onéreux,* et la libéralité faite au tiers est une condition de cette stipulation (art. 1121, 1973 et t. III, n°s 49, 50).

1447. 3. La rente doit avoir une *durée déterminée;* c'est ce qui la distingue de la rente *perpétuelle*. Afin que sa durée soit déterminée, elle doit être constituée sur la *vie* ou sur la *tête* d'*une* ou de *plusieurs* personnes. Elle peut être constituée soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir (art. 1971, 1972), soit sur la tête de celui qui doit en jouir.

Le contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet. Car ce contrat est *sans cause,* ou plutôt sur une *fausse cause,* puisque la partie qui s'est obligée à payer la rente durant la vie de cette personne n'a, en réalité, contracté aucun engagement. (Observations du Tribunat, n° 2, Locré, XV, 162; art. 1974, 1131 et t. III, n° 36.)

1448. Il en est de même du contrat par lequel la rente a été

Digitized by Google

créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat (art. 1975). Dans ce cas, il n'y a pas *absence* de cause, mais il y a une erreur substantielle sur la prestation. La personne atteinte d'une maladie dont elle meurt dans les vingt jours est considérée en quelque sorte comme n'existant déjà plus. (Exposé des motifs, n° 16, Locré, p. 179.) Le délai de vingt jours se calcule d'après la règle que le *dies à quo* n'est pas compris dans le terme. Le terme de vingt jours est de rigueur. Ainsi, lorsqu'une rente viagère a été stipulée pour prix de vente d'un immeuble, et que l'acquéreur a connu le mauvais état de santé du créancier futur de la rente, la vente ne peut être attaquée si le crédirentier meurt plus de vingt jours après la création de la rente. (Liége, 12 avril 1876, P., 1877, 87.)

Cette règle est applicable au cas où la rente est constituée sur la tête d'un tiers, comme au cas où elle l'est sur la tête du stipulant, et quand même les parties contractantes auraient déclaré vouloir y déroger ou auraient eu connaissance de la maladie. La loi ne distingue pas. Elle n'a pas lieu dans le cas où la rente a été constituée sur plusieurs personnes et que l'une d'elles meurt dans les vingt jours, mais bien au cas où toutes ces personnes seraient décédées. Toutefois cette question est controversée. Il a été jugé que le contrat est nul si un des crédirentiers était atteint de la maladie dont il est mort dans les vingt jours. (Bordeaux, 2 janvier 1874, D., 1875, 2, 180.)

1449. 4. La rente peut être constituée *au profit* d'une seule personne ou de plusieurs, soit conjointement, soit successivement. Lorsque la rente a été constituée sur deux ou plusieurs têtes, elle continue, en l'absence de toute stipulation contraire, à être due *en entier* au survivant ou jusqu'au décès du dernier mourant. (Pothier, n° 242; Troplong, n°s 245, 246.)

1450. 5. Les lois réglant les *intérêts de l'argent* ne s'appliquent pas à la rente viagère, laquelle peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer (art. 1976). A cause du caractère *aléatoire* de ce contrat, il est impossible de fixer un taux légal.

Toutefois, par cela seul qu'une convention revêt la forme d'une constitution de rente viagère, elle n'est pas à l'abri de toute

Digitized by Google

attaque, soit du chef d'usure, si, par exemple, le débiteur s'était engagé à restituer une partie du capital, soit à raison de son caractère de libéralité excessive, si, par exemple, la rente ne dépassait pas le taux de l'intérêt légal du capital ou le revenu annuel du fonds moyennant lequel elle avait été constituée. Dans ces deux derniers cas, le contrat renfermerait une donation du capital ou de la nue propriété du fonds, et il serait régi par les principes sur les donations déguisées. (Bordeaux, 19 août 1870, D., 1871, 2, 211.)

SECTION II.

DES EFFETS DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

I. DES DROITS ET DES OBLIGATIONS QUI EN RÉSULTENT.

1451. 1. Le débiteur de la rente doit fournir les sûretés stipulées par la convention (art. 1977 et *infrà*, nº 1457).

1452. 2. Le débiteur doit exactement payer les arrérages de la rente aux termes convenus au contrat. Il ne peut se libérer du payement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente (art. 1979). A la rigueur, cette disposition est inutile; car elle n'est qu'une application de la règle de l'article 1134, que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties et qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. Mais le législateur l'a ajoutée afin de signaler clairement la différence qui existe entre la rente viagère, qui doit *nécessairement cesser* après un temps plus ou moins long, et qui, pour ce motif, n'est pas rachetable, et la rente *perpétuelle*, qui est essentiellement rachetable (art. 1911, et *suprà*, nº 1380).

1453. La loi considère les arrérages comme des fruits civils qui s'acquièrent jour par jour. Les arrérages ne sont acquis au

Digitized by Google

propriétaire de la rente que dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée (art. 1980, al. 1; 584, 586, 588).

Toutefois, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le payement a dû en être fait (art. 1980, alin. 2). (Nancy, trib. civ., 12 mai 1873, D., 1874, 5, 426.)

Une pension viagère léguée est payable par anticipation s'il résulte du testament qu'elle a le caractère d'une pension alimentaire. (Bruxelles, 7 février et 27 décembre 1877, P., 1877, 166; 1878, 30.)

Si la rente n'est pas payable d'avance, les héritiers du créancier n'ont pas droit aux arrérages du jour dans le courant duquel ce dernier est mort. Si la rente est payable d'avance, le terme n'est dû que si la personne sur la tête de laquelle elle était constituée a vécu le jour entier fixé pour le payement. (Zachariæ, § 389, note 1; Troplong, n°s 329-336.)

1454. 3. Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée. Cette justification se fait par un certificat de vie délivré par le président du tribunal de première instance ou par le maire (bourgmestre) de la commune (art. 1983; décret des 6-27 mars 1791, art. 11). Mais ces modes ne sont pas exclusifs.

1455. 4. La rente viagère peut être déclarée *insaisissable*, mais seulement dans le cas où celui au profit duquel elle a été constituée en est devenu propriétaire à titre *gratuit*, par donation ou legs. C'est là le sens de l'article 1981. La rente acquise par quelqu'un avec ses *propres biens* peut toujours être saisie par ses créanciers, quand même elle aurait été stipulée insaisissable; car personne ne peut s'interdire à soi-même la faculté de contracter des dettes, ni interdire à ses créanciers celle de s'en faire payer sur ses biens. Ce serait, de plus, un moyen de frauder ses créanciers en plaçant sa fortune à rente viagère. Mais le testateur ou donateur peut valablement ordonner que la rente viagère qu'il crée ne pourra être saisie par aucun créancier du donataire; car celui qui fait une libéralité peut la faire sous telle condition qu'il juge à propos. Les créanciers ne peuvent pas s'en plaindre, puisque

Digitized by Google

le donateur aurait pu ne pas donner. (Exposé des motifs, n° 21; rapport au Tribunat par Siméon, n° 16, Locré, XV, 181, 191.)

Une rente viagère constituée gratuitement est insaisissable de plein droit et sans déclaration expresse, si elle a été donnée à titre d'*aliments*. (Code de procédure, art. 581, 4°; Bruxelles, 7 février 1877, P., 1877, 166.)

La rente viagère léguée à titre inaliénable et insaisissable peut s'éteindre par la renonciation du rentier et par confusion. (Brux., 8 mai 1866, B. J., t. 27, p. 27.)

II. DE L'EXTINCTION DE LA RENTE VIAGÈRE ET DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT.

1456. 1° La rente viagère *s'éteint* par la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée; donc, si elle a été constituée sur la tête d'un autre que le créancier, elle ne s'éteint pas par la mort de ce dernier, mais elle passe à ses héritiers. (Bordeaux, 15 février 1872, D., 1873, 2, 16.)

Si le débiteur a donné la mort à la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, la rente est également éteinte; mais l'héritier du créancier a contre l'auteur de l'homicide une action en dommages-intérêts à arbitrer par le juge sur la base de la durée probable de la vie du crédirentier. (Comparez *suprà*, n° 1156.) Si la rente a été constituée à titre onéreux, il peut aussi demander la résiliation du contrat. (Zachariæ, § 390, note 1.)

1457. 2° Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée *moyennant un prix* peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution, ou s'il diminue par son fait celles qu'il a données (art. 1977, 1184, 1188, 1912, 2°, t. III, n° 106 et *suprà*, n° 1391).

Cette règle ne peut s'appliquer à la rente constituée à titre gratuit par le débiteur, puisque dans ce cas le créancier n'a aucun intérêt à en demander la résiliation.

La demande en résiliation est anéantie si, avant que le jugement intervienne, la rente s'éteint par le décès du créancier, parce qu'il n'y a aucun intérêt à la prononcer. (Pothier, n° 229.)

Digitized by Google

Le débiteur de la rente peut empêcher les effets de la demande jusqu'au jugement en fournissant les sûretés promises ou en restituant celles qu'il a diminuées.

Si la résiliation est prononcée, le créancier de la rente n'est pas obligé de restituer en tout ou en partie les arrérages qu'il a déjà reçus; le débiteur doit même être condamné à payer les arrérages jusqu'au jour du jugement définitif. Ils sont le prix des risques que le créancier a courus et qu'il continue de courir jusqu'à la résolution du contrat. (Pothier, nos 229, 230.)

1458. 3° La résiliation du contrat peut être demandée pour défaut de payement des arrérages, si le débiteur de la rente n'a pas de biens suffisants pour en assurer le service régulier. (Bruxelles, 13 mars 1845, B. J., t. 3, 715; P. 1846, 9.) La clause résolutoire peut aussi être valablement stipulée pour le cas de défaut de payement des arrérages. (Séance du conseil d'État du 5 pluviôse an XII, n° 7, Locré, XV, 149 et 156; Besançon, 5 janvier 1870, D., 1873, 2, 98; Rouen, 6 février 1874, D., 1875, 2, 199.) Si, dans ce cas, la résiliation a été prononcée, le créancier ne doit pas restituer les arrérages perçus. (Voy. n° 1457; Cass. fr., 26 mai 1868, D., 1868, 1, 492.)

Mais, sans une semblable stipulation, le *seul* défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages, c'est-à-dire d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale aux arrérages de la rente (art. 1978).

Les discussions ne donnent pas de motifs satisfaisants de cette disposition dérogatoire au principe des articles 1184 et 1654 (t. III, n° 106). La disposition, quoique formulée autrement, se trouve en substance dans le *Traité du contrat de constitution de rente*, de Pothier, n° 231, qui en explique aussi la raison. Il prévoit le cas où un héritage hypothéqué à une rente est vendu par décret. Si c'est une rente perpétuelle, le créancier a toujours droit d'exiger la *somme entière* qu'il a payée pour acquérir la rente, et qui en fait le principal. « Il n'en est pas de même d'une

Digitized by Google

rente viagère », continue Pothier; « comme ces rentes n'ont pas de principal, et que leur valeur diminue beaucoup par le temps à mesure que la personne sur la tête de qui la rente est créée devient plus âgée et plus infirme, le créancier de cette rente ne peut pas toujours exiger toute la somme qu'il a payée pour l'acquérir, mais seulement celle qui, au temps de la confection de l'ordre, sera estimée suffisante pour acquérir à ce créancier une rente viagère de pareille somme. »

Si le créancier de la rente ne se contente pas de cette somme, il peut demander l'emploi d'une somme suffisante pour produire un revenu égal aux arrérages de la rente.

On y voit le vrai motif de l'article 1978. Après plusieurs années de payement, c'est-à-dire après plusieurs années de vie du créancier, la rente viagère, évaluée à un capital, n'a plus la même valeur qu'au moment où elle a été constituée; en d'autres termes, une personne plus âgée obtient la même rente moyennant un capital ou un prix moins élevé. Or, si le créancier, après avoir touché plusieurs annuités dont chacune représente une fraction du capital, pouvait encore demander la résolution du contrat et la restitution de la *totalité* du capital payé, il recevrait plus que ce qui lui serait équitablement dû; après avoir touché plusieurs fractions de son capital, il en obtiendrait encore l'intégralité. C'est pour ce motif que la loi lui refuse le droit de demander la résiliation du contrat; elle sauvegarde suffisamment ses intérêts en ordonnant l'emploi d'un capital propre à produire des intérêts égaux aux arrérages de la rente.

Il suit de l'article 1978 que le créancier d'une rente viagère constituée à titre gratuit n'a pas le droit de demander le payement d'un capital quelconque, même à titre de dommages-intérêts en cas de non-payement des arrérages. Si le débiteur de la rente est en état de déconfiture, le créancier est fondé à demander qu'une somme suffisante pour le service des arrérages échus et à échoir soit distraite du patrimoine commun pour garantir ses droits éventuels. (Gand, 22 mai 1872, P. 1872, 297.)

Digitized by Google

TITRE XIII.

DU MANDAT. (Art. 1984-2010.)

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT. (Art. 1984-1990.)

La principale source de ce titre est le droit romain, et particulièrement le traité de Pothier, *Du Contrat de mandat*.

I. DÉFINITION ET CONDITIONS REQUISES.

1459. Le mandat est un contrat consensuel et unilatéral, par lequel une personne (*le mandant*) donne à une autre qui l'accepte (*le mandataire*) le pouvoir de la représenter à l'effet de faire en son nom un acte juridique.

La définition de l'article 1984 portant : « Le mandat ou procuration *est un acte* par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom, » est trop vague ; elle ne renferme pas l'élément essentiel du mandat, qui est la mission de faire un acte juridique pour quelqu'un, de stipuler ou de promettre pour lui.

Plusieurs conséquences découlent de cette définition.

1460. Le mandat est un contrat *consensuel*. Il est parfait par le seul consentement des parties : savoir, du mandant, de *donner* le pouvoir ; du mandataire, de l'*accepter* (art. 1984, alin. 2). En règle générale, aucune *forme* n'est requise pour conclure ce contrat entre parties. L'acceptation du mandat peut n'être que *tacite* et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire (art. 1985, alin. 2). Il faut même admettre que la simple *acceptation du pouvoir* fait, en règle, présumer l'engagement d'exécuter le mandat.

La volonté de *donner pouvoir* ou procuration peut être exprimée de toutes les manières propres à manifester le consente-

Digitized by Google

ment; ainsi par acte authentique, ou par écrit sous seing privé, même par lettre; le mandat peut aussi être donné verbalement (art. 1985, alin. 1).

Mais le mandat peut-il être *donné* tacitement, de même qu'il peut être tacitement *accepté?* D'après les principes généraux, il faut résoudre cette question affirmativement; car la loi admet la manifestation tacite du consentement. (Voy. les articles 1578, 1738, 1759, 1922; voy. aussi fr. 6, § 2 et fr. 18, D., *Mandati*, 17, 1; fr. 60, D., *De regulis juris*, 50, 17; Zachariæ, § 411, note 2; Troplong, *Mandat*, n°s 114-140; Bruxelles, 16 mars 1858, B. J., t. 17, 1145 et la note; P., 1859, 31; Cass. belge, 17 mars 1864, P., 1864, 217; Brux., 13 avril 1872, P., 1872, 219.)

Proudhon (*Usufruit*, n° 1327), Toullier (t. XI, n°s 25 et 26), enseignent, en invoquant la rédaction de l'article 1985 et l'article 1372, que le code a abrogé le mandat *tacite*. (Voy. t. III, n° 462.) Il est vrai que la rédaction de l'article 1985, qui, après avoir dit que « le mandat peut être *donné* par acte écrit, qu'il peut aussi être donné verbalement », ajoute, dans son alinéa 2, « l'*acceptation* du mandat *peut n'être que tacite* », prête quelque appui à cette opinion. Mais cette rédaction s'explique historiquement. L'article 1985, dans le projet du code soumis à la discussion du conseil d'État, commençait par les mots : *Le mandat doit être écrit*. On avait donc l'intention de proscrire le mandat tacite, et pour faire bien ressortir la différence entre la *dation* et l'*acceptation* du mandat, le second alinéa du même article portait : l'*acceptation peut n'être que tacite*. Mais, sur l'observation du Tribunat, la règle même que tout mandat devait être écrit fut supprimée et la rédaction de l'article 1985 changée. Dès lors, il n'y avait plus de raison de conserver la rédaction exclusive du second alinéa de cet article, laquelle a subsisté par inadvertance. (Observations du Tribunat, n° 2, Locré, XV, 226; Laurent, t. XXVII, n°s 379-384.)

Voici des exemples de mandats tacites : la femme mariée a mandat tacite du mari pour les dépenses du ménage (t. III, n° 652); la femme qui a l'habitude de faire les affaires du mari, par exemple de débiter ses marchandises, a pouvoir de l'obliger; la remise à un huissier de la grosse d'un acte notarié ou

Digitized by Google

d'un jugement implique mandat pour l'exécuter et recevoir payement. (Paris, 4 juin 1869, D., 1870, 2, 62; Cass. fr., 29 déc. 1875, D., 1876, 1, 149. *Contrà*, Metz, 10 janv. 1867, D., 1867, 2, 14.)

Mais le seul silence, et sans opposition de la personne ayant connaissance de la gestion de ses affaires par autrui, ne doit plus être considéré aujourd'hui comme un mandat tacite (art 1372 et t. III, n° 462).

1461. Bien que le mandat n'exige aucune forme, la loi prescrit, pour plusieurs actes, que le mandat soit conçu dans une forme déterminée, afin que le mandataire puisse être considéré comme tel à l'égard des tiers et pour qu'il puisse prouver ses pouvoirs à l'égard de ces derniers. (Exemples : art. 36, 933 du code; loi hyp. belge, art. 76 ; code de proc., art. 216, 353, 384, 511.) Dans tous les cas où la loi prescrit une certaine forme, le mandat est censé nul ou non avenu, même entre le mandant et le mandataire, s'il n'a pas été conféré dans la forme prescrite par la loi. (Zachariæ, § 410, n° 5.)

1462. Le mandat est un contrat *unilatéral*. Le mandataire seul s'oblige principalement et nécessairement; le mandant peut être obligé accidentellement. De là il suit que l'acte par lequel on veut prouver l'existence du mandat n'est pas régi par l'article 1325, et qu'un acte unilatéral suffit à cet effet. (Voy. t. III, n° 8.)

D'ailleurs, la *preuve* de l'existence du mandat entre le mandant et le mandataire est régie par les principes généraux sur la preuve des obligations (art. 1985, alin. 1). (Cass. fr., 1er août 1870, D., 1870, 1, 357; Bordeaux, 10 juin 1872, D., 1873, 5, 314; Cass. fr., 4 mai 1874, D., 1874, 1, 489.)

1463. Le mandat a pour objet un acte juridique. Il s'ensuit que le mandat serait nul si, au moment où il était donné, l'affaire qui en est l'objet était déjà consommée. Néanmoins, le mandataire aurait droit au remboursement des déboursés qu'il aurait faits ignorant que l'affaire était consommée.

1464. Il suit encore de là que le mandat peut être donné ou dans l'intérêt du mandant seul, ou d'un tiers seul, ou du mandant et d'un tiers, ou du mandataire et du mandant, ou du mandataire et du tiers. Mais le mandat donné dans l'intérêt du

Digitized by Google

mandataire seul n'oblige pas ce dernier. (Fr. 2, pr., D., *Mandati*, 17, 1.)

1465. Il s'ensuit encore qu'un simple conseil ou une recommandation de faire quelque chose n'est pas un mandat et n'oblige pas le mandataire à s'y conformer ni le mandant à en supporter les conséquences. Cependant, celui qui aurait donné de mauvaise foi et avec dol un conseil qui aurait porté dommage à autrui en serait responsable (*Consilii non fraudulenti nulla obligatio est*). (Fr. 47, pr., D., *De regulis juris*, 50, 17.) Celui qui engage vivement quelqu'un à prêter de l'argent à une personne dont il connaît l'insolvabilité peut être responsable des conséquences de ce conseil. (Bruxelles, 30 mai 1865, B. J., t. 23, 977.)

1466. Le mandat est *de sa nature* gratuit, mais il ne l'est pas *essentiellement* comme en droit romain (art. 1986).

Les auteurs du code ont compris que dans l'état de notre société et de nos mœurs, bien différent de celui des Romains, le mandat est plus souvent rétribué que gratuit, et que la rémunération est une juste indemnité du travail et de la perte du temps. « La règle de la gratuité du mandat tournerait souvent au détriment de la société », dit Berlier dans l'Exposé des motifs, n° 3, « si elle était tellement absolue qu'on ne pût y déroger par une stipulation expresse. Cette stipulation sera donc permise, car elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ; et même elle sera d'une exacte justice toutes les fois que le mandataire n'aura pas assez de fortune pour faire à son ami le sacrifice de son temps et de ses soins. » (Locré, XV, 234.) La rémunération est même souvent sous-entendue, par exemple lorsque le mandat a été donné à un avocat ou à un avoué, ou à un commissionnaire commercial. (Bruxelles, 30 mai 1867, P., 1868, 318.) La stipulation d'un salaire ne transforme plus le mandat en contrat de louage de service, comme chez les Romains ; elle ne change pas la nature du mandat et n'empêche pas que les devoirs réciproques du commettant et du mandataire demeurent soumis aux règles particulières à ce contrat. (Tarrible, rapport au Tribunat, n° 5 ; Bertrand de Greuille, discours au Corps législatif, n° 4, Locré, XV, 245, 262.)

Il suit de cette innovation du code que la convention par laquelle le salaire a été stipulé pour le mandat est aussi valable que

Digitized by Google

le mandat même et doit recevoir son exécution. Car la convention tient lieu de loi entre les parties. Nous ne pouvons donc pas admettre que lorsque le salaire du mandataire a été fixé par une convention valable et librement conclue, le juge puisse avoir un pouvoir discrétionnaire de le réduire, pour cela seul qu'il trouve que ce salaire est hors de proportion avec les services rendus. Notre opinion a été énergiquement défendue naguère par M. Laurent, t. XXVII, n[os] 347-356. Le contraire a été souvent décidé par la jurisprudence, même dans le cas où la convention avait déjà reçu son exécution par le payement du salaire convenu. (Cass. belge, 17 janvier 1851, P., 1851, 314; B. J., t. 9, 481 ; Liége, 3 août 1866, P., 1869, 382; Bruxelles, 1[er] février 1875, B. J., t. 33, 420; P., 1875, 201; Cass. fr., 29 janvier 1867, D., 1867, 1, 53; 8 avril 1872, D., 1873, 1, 259; 28 févr. 1877, D., 1878, 1, 78.)

Le salaire peut aussi être de la nature du mandat et, par conséquent, tacitement stipulé. C'est ce qui a lieu dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge habituellement par état ou par profession et moyennant salaire.

1467. Conditions requises. Pour pouvoir *donner* mandat, il faut être soi-même capable de s'obliger et spécialement de faire l'acte que l'on charge le mandataire de faire.

1468. Le mandat peut *être donné* même à une personne incapable de s'obliger, excepté le mandat d'exécuteur testamentaire (art. 1028-1030) ; ainsi, une femme mariée, un mineur émancipé et même un mineur non émancipé, un interdit et une personne placée sous conseil judiciaire peuvent être choisis pour mandataires. La loi n'a aucun intérêt à restreindre le choix du commettant; il est lui-même le meilleur juge de la capacité de la personne à laquelle il veut confier ses intérêts. Le mandat donné à un incapable lie le mandant tant envers son mandataire qu'envers le tiers, avec lequel ce dernier a contracté; envers le mandataire, en vertu du principe de l'article 1125, que le capable ne peut pas invoquer l'incapacité de celui avec lequel il a contracté; envers le tiers, parce que ce que le mandataire a fait avec lui, le mandant lui-même est censé l'avoir fait.

Mais le mandataire incapable ne contracte pas une obligation valable, et le mandant n'a d'action contre lui que d'après les rè-

Digitized by Google

gles générales relatives aux obligations contractées par les incapables (art. 1990 et t. I, nos 391-393, 772-775, 798, 799; t. III, nos 275-279).

La femme mariée ne peut pas se charger du mandat si son mari s'y oppose. Mais si, *malgré* l'opposition du mari, ou simplement *sans* son consentement, elle a accepté et exécuté le mandat, ses effets juridiques sont ceux qui viennent d'être mentionnés. (Exposé des motifs, n° 5; rapport au Tribunat, n° 10; discours au Corps législatif, n° 7, Locré, XV, 235, 248, 264.)

1469. Le mandat doit avoir pour objet une affaire licite et qui n'est pas contraire aux mœurs; donc, il est nul lorsqu'il a pour objet un acte qui, d'après sa nature, ne peut être fait que par la personne même qu'il intéresse, par exemple la prestation d'un serment (code de proc., art. 121). Il ne peut pas avoir pour objet des actes interdits au mandant.

II. DES DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS, DU MANDAT GÉNÉRAL ET DU MANDAT SPÉCIAL (art. 1987-1989).

1470. Un mandat peut être *général*, en ce sens qu'il embrasse la gestion de *toutes* les affaires du mandant, et *spécial*, en ce sens qu'il n'embrasse que la gestion d'*une* affaire ou de *certaines* affaires déterminées (art. 1987). La distinction en mandat général ou spécial sous ce point de vue n'a pas d'importance juridique.

Le mandat peut aussi être *général*, en ce sens qu'il donne au mandataire le droit de faire *tous les actes juridiques* susceptibles d'être faits par un mandataire. Il peut être spécial, en ce qu'il n'a pour objet qu'*un seul acte* juridique ou *quelques actes* juridiques déterminés.

1471. Si le mandat *spécifie* les actes qui en sont l'objet, la spécification est la mesure précise des pouvoirs conférés au mandataire; cette règle est d'une application facile.

Mais il y avait dans l'ancienne jurisprudence beaucoup de controverses sur l'étendue d'un mandat *conçu en termes généraux*, c'est-à-dire d'un mandat qui attribuait au mandataire des pouvoirs d'une certaine étendue, sans être spécifiés. Les auteurs du code, pour décider ces controverses, ont disposé, en suivant

Digitized by Google

les fr. 60 et 63 du Digeste, *De procuratoribus*, 3, 3, que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les *actes d'administration*, et que s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être *exprès* (art. 1988). « Car », disent-ils, « en matière de propriété, l'on ne doit pas facilement présumer qu'on ait voulu remettre à un tiers le pouvoir d'en disposer; cette volonté doit au moins être exprimée formellement ». (Exposé des motifs, n° 4; rapport au Tribunat, n°s 6 et 7; discours au Corps législatif, n°s 5, 6, Locré, XV, 234, 246, 263.)

Il ne faut pas confondre le mandat *général* avec le mandat *conçu en termes généraux* dont parle l'article 1988. Un mandat spécial pour *une* affaire peut être conçu en termes généraux aussi bien qu'un mandat général. Un mandat est conçu en termes généraux, par exemple, lorsqu'il confère le pouvoir de faire *tout ce que le mandataire jugera convenable aux intérêts du mandant*, ou de faire *tous les actes que le mandant pourrait faire lui-même*. Le doute quant à l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire doit profiter au mandant. L'interprétation est donc restrictive. (Bruxelles, 17 juin 1867, B. J., t. 26, p. 401.)

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE. (Art 1991-1997.)

1472. 1° Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat de la manière dont il a été donné ou de la manière la plus avantageuse pour le mandant, sous peine de dommages-intérêts en cas d'inexécution totale ou partielle. Il est tenu même d'achever la chose commencée au décès du mandant s'il y a péril en la demeure. « Qui s'entremet doit achever, et qui commence et ne parfait, sa peine perd », disait l'ancien adage. (Loysel, n° 376.) Il répond non-seulement du dol, mais encore de toutes les fautes qu'il commet dans sa gestion. (Cass. belge, 17 mars 1864, P., 1864, 207.) Néanmoins la responsabilité relative aux fautes

Digitized by Google

est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. Le mandataire ne peut pas compenser les pertes qu'il a causées au mandant par sa faute avec les profits qu'il lui a procurés par une activité extraordinaire (arg. art. 1850, 1991, 1992).

1473. 2° Il doit observer les limites de son mandat; il ne peut rien faire au delà; ainsi le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre; s'il les dépasse, il peut encourir des dommages-intérêts envers le mandant et envers les tiers (art. 1989, 1998). (Bruxelles, 26 janvier 1870, P., 1870, 46.)

1474. 3° Il doit rendre compte de sa gestion, de la manière dont il l'a exécutée et des motifs qui l'ont empêché de l'exécuter et de recevoir pour le mandant ce qu'il aurait dû recevoir pour lui. Il est tenu de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. Il ne peut pas d'avance être dispensé de rendre compte; ce serait un pacte *ne dolus præstetur*. Mais il peut être valablement convenu, lors du contrat, que le mandant se contentera des déclarations du mandataire sur le résultat de sa gestion (art. 1993).

1475. 4° Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure (art. 1996). (Cass. fr., 28 mai 1872, D., 1872, 1, 247 et 5 juin 1873, D., 1873, 1, 454.) C'est au mandant de prouver que le mandataire a employé ces sommes à son usage. (Brux., 16 avril 1874, P., 1875, 206.) La mise en demeure peut résulter de la correspondance. (Même arrêt et Gand, 29 juill. 1875, P., 1875, 368.) Il peut être condamné à des dommages-intérêts dépassant le taux légal des intérêts lorsque, en retenant des deniers qu'il avait reçus pour en faire un emploi déterminé, il a négligé d'exécuter le mandat, par exemple s'il a employé à son usage l'argent destiné à payer une dette du mandant et que ce dernier ait été poursuivi de ce chef. (Zachariæ, § 413, note 7.)

1476. 5° Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée (art. 1995, 1202). Chacun des mandataires, dans ce cas, ne répond que de sa propre faute, et

Digitized by Google

chacun des mandataires n'est tenu que pour une portion virile des dommages-intérêts résultant de l'inexécution du mandat. (Pour la solidarité, voy. Cass. belge, 17 mars 1864, P., 1864, 217.)

Si l'un des mandataires ne peut agir sans le concours des autres, celui qui, par son refus d'exécuter le mandat, a causé le dommage au mandant, est seul passible des dommages-intérêts.

1477. 6° En règle, le mandataire a le droit de se substituer un autre mandataire si cette faculté ne lui a pas été interdite et si ce n'est pas à cause de sa capacité individuelle et spéciale que le mandat lui a été confié. A la rigueur, il faudrait dire que cette substitution est chose tierce pour le mandant, et qu'elle se fait entièrement aux risques et périls du mandataire, dont la responsabilité reste la même envers le mandant. Mais le code applique diversement cette responsabilité.

1° Si le mandataire n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il répond indistinctement de celui qu'il s'est substitué ;

2° Si ce pouvoir lui a été conféré sans désignation de la personne, il ne répond de la personne qu'il s'est substituée que lorsque cette personne était notoirement incapable ou insolvable. (Bruxelles, 1er août 1878, P., 1878, 285.)

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (art. 1994). Pour que cette action directe envers le sous-mandataire ait lieu, il faut que celui-ci soit en faute vis-à-vis du mandataire principal en agissant contrairement à ses instructions. (Bruxelles, 5 novembre 1868, P., 1869, 233.) Sur les effets juridiques de cette action directe, voy. t. III, n° 260 et *suprà*, nos 1153 et 1238.

Si le mandataire s'était substitué quelqu'un *malgré la défense* expresse, il y aurait faute de sa part et il pourrait même être tenu du cas fortuit (*casus culpa determinatus*, t. III, n° 61). Mais si le mandat s'était bien exécuté, malgré la défense, le mandant n'aurait pas d'action contre le mandataire, parce que n'ayant éprouvé aucun dommage, il serait sans intérêt pour agir.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT. (Art. 1998-2002.)

I. DES OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE.

1478. 1° Le mandant doit tenir le mandataire indemne de toutes les suites de sa gestion; il doit donc lui rembourser les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et payements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû de plein droit par le mandant, à dater du jour des avances constatées (art. 1999, 2001). (Bruxelles, 13 mai 1878, P., 1878, 300.)

1479. 2° Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'*occasion* de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000). L'obligation que cet article impose au mandant est plus étendue que celle du droit romain, d'après lequel le mandataire ne doit être indemnisé que des pertes dont l'exécution du mandat a été la *cause directe*. (Fr. 26, § 6, D., *Mandati*, 17, 1. Comparez *suprà*, n°s 1291, 1292.)

1480. 3° Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002). Cette règle, enseignée sous l'ancien droit par plusieurs auteurs, notamment par Pothier, *Contrat du mandat*, n° 82, est fondée sur une interprétation erronée du fr. 59, § 3, D., *Mandati*, 17, 1. Pour expliquer cette solidarité, qui n'existe pas à la charge de plusieurs mandataires (n° 1476), l'exposé des motifs, n° 7, dit : « S'il est juste que, dans un acte officieux et souvent gratuit, celui qui rend le service ait une action solidaire contre ceux qui

Digitized by Google

tirent d'un mandat un profit commun, il serait injuste de le charger envers ceux-ci du fait d'autrui, sans une convention expresse; l'extrême différence de ces deux situations ne permet pas de conclure de l'une à l'autre. » (Locré, p. 238.)

II. DES RAPPORTS DU MANDANT ET DU MANDATAIRE AVEC LES TIERS.

1481. 1° Les actes faits par le mandataire dans les limites de son mandat ont le même effet que s'ils eussent été faits par le mandant lui-même. Ce dernier a directement acquis tous les droits résultant des actes du mandataire, et il est lié par les obligations contractées par celui-ci. Le mandataire personnellement ne peut ni agir ni être poursuivi à raison de ces actes (art. 1998).

Un acte est censé fait dans les limites du mandat, en ce qui concerne les tiers, lorsqu'il rentre dans les *termes* de la procuration, quand même le mandataire en aurait excédé les bornes à raison de circonstances inconnues au tiers. Par exemple : mon mandataire a pouvoir d'emprunter 1,000 francs; il les emprunte d'abord à Pierre, puis encore une fois à Paul; il m'oblige envers le second prêteur, quoiqu'il ait excédé ses pouvoirs. C'est ma faute si j'ai choisi un mandataire peu fidèle. (Pothier, *Mandat*, n° 89; Cass. fr., 11 avril 1876, D., 1879, 1, 164.)

1482. 2° Les actes faits en dehors des limites du mandat ne lient en aucune manière le mandant; ils sont pour lui *res inter alios actæ*. « Qui outre-passe sa charge chet en désaveu », dit l'ancien proverbe. (Voy. Loysel, *Instit. cout.*, n° 372; Bruxelles, 26 février 1862, P., 1862, 148; Gand, 7 août 1873, P., 1873, 407.) Cependant le mandant peut les ratifier expressément ou tacitement, et alors il en est tenu. Le tiers auquel le mandataire a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs n'a de ce chef aucun recours contre celui-ci, à moins que le mandataire ne se soit personnellement obligé ou porté fort pour le mandant (art. 1997 et 1998). (Cass. fr., 26 avril 1876, D., 1876, 1, 492.)

Un acte est censé fait en dehors des limites du mandat lorsqu'il est évidemment *contraire au but* du mandat, bien qu'il soit de la nature de ceux que le mandataire avait reçu pouvoir de

Digitized by Google

faire; par exemple, le mandataire a pouvoir illimité d'hypothéquer les immeubles de son mandant; le mandataire, abusant de ce pouvoir, consent une hypothèque au profit de ses créanciers personnels sur les biens du mandant; cette hypothèque est censée non avenue à l'égard de ce dernier. (Zachariæ, § 415, note 6.)

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT. (Art. 2003-2010.)

1483. Le mandat finit par la *révocation* de la part du mandant. En règle générale, le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble, excepté dans les cas où il a été conféré comme condition d'une autre convention passée soit avec le mandataire, soit avec le tiers, par exemple avec une société (art. 1856, 2003, 2004). (Pau, 26 novembre 1873, D., 1874, 5, 327.)

Le mandat salarié, aussi bien que le mandat gratuit, est de sa nature essentiellement révocable. (Bruxelles, 24 janvier 1860, B. J., t. 18, 403; P., 1860, 117.) Toutefois, il importe de faire observer que quelquefois on confond un véritable contrat synallagmatique avec le mandat salarié, et l'on est plus facilement exposé à faire cette confusion depuis que le mandat n'est plus *essentiellement* gratuit, comme en droit romain.

La révocation peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est tacite lorsqu'un nouveau mandataire a été constitué pour la même affaire, à compter du jour où cette constitution a été notifiée au premier mandataire, quand même le nouveau mandat serait nul ou refusé par le nouveau mandataire (art. 2006 comparé avec 1037). Toutefois, cette règle n'est pas absolue. Il peut résulter des circonstances que la constitution d'un nouveau mandataire n'opère pas révocation du premier.

Après la révocation, le mandant peut exiger la restitution du titre de la procuration, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en

Digitized by Google

brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute (art. 2004). Mais le mandataire n'est pas obligé de se dessaisir du titre constatant le mandat avant d'avoir obtenu la restitution de ses avances et indemnités.

La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire (art. 2005). Car, dans le conflit des intérêts du tiers et de ceux du mandant, il est juste que ce dernier supporte les suites de l'infidélité du mandataire, puisque c'est lui qui l'a choisi. (Bruxelles, 24 mai 1859, P., 1861, 349; Cass. belge, 8 février 1866, P., 1866, 69; Cass. fr., 3 février 1869, D., 1870, 171; Bordeaux, 2 juin 1869, D., 1870, 2, 220.)

1484. 2° Le mandat finit par la renonciation du mandataire au mandat. Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation. (Cass. fr., 7 juillet 1870, D., 1871, 1, 168.) Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (art. 2003, 2007).

1485. 3° Le mandat finit par la mort soit du mandant, soit du mandataire (art. 2003). « Homs mort n'a porteur de lettres. » (Loysel, n° 377.)

En cas de décès du mandant, le mandataire doit néanmoins achever la chose commencée, s'il y a péril en la demeure (article 1991, alin. 2).

Cependant, le mandat ne finit pas par la mort du mandant si l'affaire qui en est l'objet doit être continuée ou accomplie après son décès (art. 1025), ou si le mandat a été donné aussi dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers.

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010).

1486. Le mandat finit encore :

4° Par la *déconfiture* ou la *faillite* du mandant ou du mandataire (art. 2003);

5° Par l'*interdiction* de l'un ou de l'autre, ou par un changement

Digitized by Google

d'état qui le rend incapable de conférer un mandat semblable ou de l'accepter;

6° Par l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, ou par la consommation de l'affaire qui en est l'objet.

1487. Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide, et les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (art 2008. 2009). (Cass. fr., 5 août 1874, D., 1875, 1, 105.)

TITRE XIV.

DU CAUTIONNEMENT. (Art. 2011-2043.)

CHAPITRE I.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

I. DÉFINITION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1488. Le cautionnement ou la fidéjussion est un contrat consensuel, unilatéral et accessoire, par lequel une personne s'oblige personnellement et volontairement (*nullo jure cogente*) envers une autre à payer une dette qu'un tiers doit à celle-ci, si le tiers ne l'acquitte pas lui-même. Ce contrat n'est pas nécessairement conditionnel. La caution peut être poursuivie sans qu'il soit constaté que le débiteur ne paye pas, sauf l'exception de l'article 2022.

Le cautionnement a pour objet d'assurer l'exécution d'un engagement contracté par un tiers (art. 2011).

1489. Il résulte de cette définition qu'il n'y a pas de véritable cautionnement : 1° si la caution contracte *solidairement*; 2° si quelqu'un *paye* pour un autre; 3° s'il y a *novation*, soit par *expro-*

Digitized by Google

missio, soit par délégation de débiteur (voy. t. III, n° 217); 4° si quelqu'un *empêche un autre de contracter une obligation* en la contractant pour lui (*intercessio privativa*); 5° si quelqu'un constitue un gage ou une hypothèque pour autrui; 6° si l'on garantit quelqu'un contre les risques d'une entreprise; 7° quand on se porte fort pour quelqu'un (art. 1120). Dans ces cas, on ne se charge pas d'une *dette d'autrui.*

1490. Le cautionnement était d'un usage fréquent chez les Romains. Nous renvoyons, pour l'histoire du droit romain sur cette matière, à Maynz, *Cours de droit romain,* 4e éd., § 261 et 265.

1491. Le cautionnement était aussi fort usité chez les anciennes peuplades germaniques et pendant le moyen âge; peu de conventions importantes se concluaient sans l'intervention d'une caution.

Parmi les anciennes *Leges Barbarorum,* la loi des Burgondes est la seule qui traite avec quelque étendue de la caution, appelée alors *wadium* ou *fidejussor.* L'obligation de la caution consistait primitivement à mettre le créancier à même de saisir la personne du débiteur; à défaut de quoi le créancier avait le droit de saisir de sa propre autorité les biens de la caution. (*Lex Burgund.*, XIX, 79, 1.) La caution avait son recours contre le débiteur pendant trois mois, et elle pouvait même exiger, à titre d'indemnité, le triple de ce qu'elle avait payé. (*Lex Burgundionum,* XIX, 5-11.)

Les sources et les ouvrages de droit du moyen âge s'occupent beaucoup du cautionnement, appelé alors *pleigerie, plejure* et *plevine;* les Assises de Jérusalem, Basse Cour, chap. 67-86, et Haute Cour, chap. 117-130, les Établissements de saint Louis, I, 118, le Conseil de P. des Fontaines, chap. VII-IX, Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis,* chap. XLIII, et Bouteiller, *Somme rurale,* I, tit. 101, contiennent de nombreuses règles sur cette matière; mais elles furent plus tard remplacées par le droit romain, que la jurisprudence appliquait avec quelques modifications; c'est ce qui explique pourquoi les coutumes et les lois d'une date plus récente ne s'occupent presque plus de cette matière.

1492. Toutes les personnes capables de s'obliger pouvaient

Digitized by Google

se porter caution, même les femmes, avec l'autorisation de leur mari. Le sénatus-consulte Velléien refusait cette faculté à toutes les femmes romaines, mariées ou non. Il paraît que ce sénatus-consulte, qui ne fut pas observé dans les premiers temps, était suivi plus tard, mais avec la faculté, accordée à la femme, de renoncer au bénéfice qu'il lui accordait; du moins voyons-nous souvent, dans des actes de cautionnement du XVI[e] siècle, la femme renoncer au bénéfice de ce sénatus-consulte.

« Cette renonciation, qui se faisait d'abord avec solennité, finit par se transformer en une vaine formule qu'on insérait dans tous les actes. Henri IV, par un édit de 1606, prononça l'abolition du Velléien, qui, néanmoins, survécut dans quelques provinces, notamment en Normandie, où l'édit ne fut pas enregistré », dit Dalloz. (*Nouveau Répertoire,* v° *Cautionnement,* n° 9.)

Anciennement le créancier pouvait saisir de sa propre autorité les biens de la caution; mais déjà du temps de Beaumanoir, cette saisie était abolie. Si le débiteur ne payait pas, la caution devait être judiciairement sommée de constituer des gages qui étaient publiquement vendus après l'expiration d'un délai déterminé. A défaut de meubles, les immeubles de la caution pouvaient être saisis et vendus.

Les bénéfices que le droit romain accorde à la caution n'étaient d'abord pas admis en France. Les Établissements de saint Louis et le droit canonique refusent formellement le bénéfice de discussion, et Beaumanoir dit expressément que, s'il y a plusieurs cautions, elles ne peuvent pas se prévaloir du bénéfice de division. Plus tard, la jurisprudence adoptait ces deux bénéfices, mais il fut permis et il devint d'usage d'y renoncer.

D'après l'ancienne jurisprudence, conforme au droit romain, la caution pouvait exiger du créancier la cession de ses droits et actions contre le débiteur, ou, en cas de refus, invoquer contre lui l'exception *cedendarum actionum*. Au XVI[e] siècle, Dumoulin soutint même que la subrogation de la caution aux droits du créancier avait lieu *de plein droit,* sans stipulation; mais son opinion fut repoussée; le code l'a admise. (Dalloz, *l. c.*, n° 10.)

Anciennement l'obligation de la caution s'éteignait par sa mort et ne passait point à ses héritiers. (*Lex Burgund.*, LXXXII, 1, 2.) « Si le plege meurt la plevine meurt; car simple plevine n'oblige

Digitized by Google

pas les hoirs, » dit le Grand Coustumier de Normandie, chap. 60. Plus tard, ce principe fit place à la règle du droit romain, d'après laquelle l'héritier succède dans l'obligation du défunt (art. 2017).

1493. Le code a suivi en cette matière le droit romain, enseigné par Pothier, dans son *Traité des obligations*, partie II, chap. VI, intitulé : *Des obligations accessoires des fidéjusseurs, et autres qui accèdent à celles d'un principal débiteur.*

II. CONDITIONS REQUISES.

1494. Pour l'existence du cautionnement il faut la réunion des quatre conditions suivantes : 1° une dette valable ; 2° le consentement du créancier et de la caution ; 3° un engagement personnel de la caution, et 4° une personne capable d'être caution.

1495. 1° Il faut une *dette valable;* autrement l'obligation de la caution serait sans objet. Car la caution promet de payer ce que le *débiteur doit.* De là il suit :

a. Que l'on peut cautionner une dette pure et simple, conditionnelle, présente ou *future* (Bruxelles, 2 févr. 1863, P., 1865, 333) ; dans ce dernier cas, le cautionnement n'existe que lorsque la dette principale existe, mais l'*engagement* de la caution peut précéder la dette ;

b. Que le cautionnement lui-même peut être cautionné (*fidejussor fidejussoris, certificateur de caution*) (art. 2014, alin. 2) ;

c. Qu'on peut cautionner une dette *naturelle,* mais seulement dans les limites de cette obligation ; c'est-à-dire que le créancier n'a pas d'action, mais que si la caution a payé, elle ne peut pas répéter. Si la dette peut être annulée par une exception, la caution peut l'opposer. Toutefois, si la dette a le caractère d'une obligation naturelle et qu'elle ne puisse être annulée que par une exception *purement personnelle* à l'obligé, par exemple lorsqu'elle a été contractée par un mineur ou une femme mariée, la caution ne peut pas opposer cette exception (art. 2012, 2036, alin. 2, et t. III, n° 158) ;

d. Que l'on ne peut pas cautionner une dette radicalement nulle, par exemple une dette sans cause ou ayant un objet illi-

Digitized by Google

cite; ou bien une dette réprouvée par la loi, par exemple une dette de jeu;

e. Que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (*in duriorem causam*). Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède la dette ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (art. 2013). Car l'obligation accessoire ne peut pas être plus forte que la dette principale.

On peut dire avec les Romains que l'obligation de la caution peut être plus onéreuse de quatre manières : *re*, si une chose plus précieuse ou une somme plus forte a été cautionnée; *tempore*, si la caution a promis de payer plus tôt; *loco*, si elle a promis de payer dans un lieu plus défavorable que celui de l'obligation principale; *causa*, si les modalités de la dette sont plus onéreuses, par exemple si la caution s'est engagée purement et simplement, le débiteur principal conditionnellement; ou bien, si elle a contracté une dette alternative au choix du créancier, alors que la dette principale était pure et simple, ou si elle a contracté, sous deux conditions alternatives, une dette subordonnée à une *seule* condition.

En droit romain, le cautionnement contracté au mépris de la règle qui précède était entièrement nul. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 262, note 8). Sous l'ancienne jurisprudence, sa validité était controversée; le code, par l'article 2013, a décidé cette controverse. (Treilhard, dans l'Exposé des motifs, n° 5, Locré, XV, 323).

Si la caution ne peut pas s'engager sous des conditions plus *onéreuses* (*durius*) que le débiteur principal, elle peut s'engager plus strictement (*arctius*), par exemple sous une hypothèque, ou civilement pour une obligation naturelle (art. 2012, alin. 2). Toutefois, elle ne peut pas s'obliger sous contrainte par corps, si la dette principale ne l'entraîne pas. (Séance du conseil d'État du 16 frimaire an XII, n° 4, Locré, XV, 288).

1496. 2° Il faut le *consentement du créancier et de la caution*. Celui du débiteur n'est pas nécessaire; on peut se rendre caution

Digitized by Google

même à son insu (art. 2014, alin. 1). Aucune forme n'est requise. C'est un contrat consensuel.

Le cautionnement ne se présume pas; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté (art. 2015). (Cass. fr., 3 juillet 1872, D., 1873, 1, 230.) Dans le doute, il faut donc interpréter contre le cautionnement; par exemple l'invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers, même en le recommandant et en certifiant sa solvabilité, n'est pas un cautionnement (Paris, 2 janvier 1872, D., 1874, 2, 37); le mari qui autorise sa femme à emprunter lorsqu'il n'y a pas communauté entre les époux n'est pas censé se porter personnellement débiteur de l'emprunt.

1497. 3° Il faut un *engagement personnel* de la part de la caution; la constitution d'une hypothèque ou d'un gage n'est pas un cautionnement. (Voy. n° 1489, 5°.)

1498. 4° Il faut une personne *capable*. Toute personne capable de s'obliger est capable de se porter caution; mais toute personne capable de se porter caution n'est pas, par cela seul, susceptible d'être présentée comme caution par un débiteur qui *doit* fournir caution.

III. DES DIVERSES CAUSES DU CAUTIONNEMENT ET DES EFFETS DE L'OBLIGATION DE FOURNIR CAUTIONNEMENT. — DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE (art. 2040-2043).

1499. Le débiteur est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens présents et à venir (art. 2092). Mais ses propres biens peuvent ne pas offrir une garantie suffisante de l'exécution de ses engagements, et, pour suppléer à cette garantie, il peut être dans la nécessité de fournir une caution ou un fidéjusseur. Cette nécessité peut procéder de trois causes : de la *loi*, d'un *jugement* ou d'une *convention* entre le créancier et le débiteur principal, par laquelle ce dernier s'est engagé à fournir une caution.

1500. 1° La caution est *légale* lorsqu'elle est prescrite par la *loi*. Ainsi, par exemple, le code prescrit une caution par les arti-

Digitized by Google

cles 16, 120, 123, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1653, 2185 (loi hypothécaire **belge** de 1851, art. 115, alin. 2).

1501. 2° Le cautionnement est *judiciaire* lorsque le juge l'a imposé de son autorité à une des parties litigantes, par exemple lorsqu'il a ordonné l'exécution provisoire d'un jugement avec caution (code de proc., art. 135 et 439; loi **belge** du 25 mars 1841, art. 20).

Le cautionnement conserve sa nature primitive et ne devient pas judiciaire, alors même qu'il a été ordonné par jugement en vertu de l'obligation de fournir caution. Le cautionnement n'est pas judiciaire par cela seul que la caution a dû être reçue par jugement ou qu'elle doit faire sa soumission au greffe (code de proc., art. 517-522).

La caution judiciaire est soumise à deux règles spéciales : d'abord elle ne peut point demander la discussion du débiteur principal, et puis elle doit non-seulement réunir les conditions dont il sera parlé au numéro suivant, mais, en outre, être susceptible de contrainte par corps (art. 2042, 2040, alin. 2). Cette dernière disposition est implicitement abolie en **France** par la loi du 22 juillet 1867 et en **Belgique** par la loi sur la contrainte par corps du 27 juillet 1871.

Celui qui a spécialement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution (art. 2043).

1502. La caution légale et la caution judiciaire sont régies par les règles suivantes :

A. Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant (art. 2041).

B. Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation et dont le domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée (article 2018). Une *société anonyme* peut servir de caution judiciaire. (Paris, 30 août 1867, D., 1868, 2, 11, et 10 mai 1875, D., 1875, 2, 240.)

C. La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. On n'a point égard aux immeubles liti-

Digitized by Google

gieux ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation (art. 2019). Car la caution doit être d'une solvabilité constante et assurée par des propriétés immobilières non litigieuses, et la facilité de poursuivre un débiteur fait partie de sa solvabilité, et une discussion du débiteur, qu'il faudrait poursuivre de loin, pourrait souvent être plus ruineuse qu'utile. (Exposé des motifs, n° 7, Locré, p. 324.)

1503. 3° La nécessité de fournir caution peut être fondée sur une *convention* antérieure entre le débiteur et le créancier. On se demande si dans ce cas la caution que le débiteur offre au créancier doit réunir les conditions mentionnées sous les lettres *B* et *C* du numéro précédent? Il faut distinguer :

A. Le créancier a exigé pour caution une telle personne déterminée. Puisque c'est son choix, il doit s'en contenter telle qu'elle est, et il ne peut pas en demander une autre, quand même celle qu'il a exigée serait devenue insolvable.

B. On n'est pas convenu d'une personne déterminée. Le créancier peut pourvoir à ses intérêts comme il le trouve convenable et exiger les conditions qu'il lui plaît de fixer. Mais si les parties ne tombent pas d'accord, le débiteur doit fournir et le créancier accepter une caution qui réunit les qualités prescrites par les articles 2018 et 2019 (n° 1502).

Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre (n° 2020).

Cette dernière disposition a donné lieu à de longs débats au conseil d'État. Suivant le droit romain (fr. 3, *i. f.*, D., *De fidejussoribus,* 46, 1), lorsque la caution acceptée par le créancier était devenue insolvable, le débiteur n'était pas tenu d'en donner une autre. Pothier (*Obligations,* n° 391) n'admet pas indistinctement cette décision; il fait la distinction que nous venons de faire, que les auteurs du projet du code civil avaient adoptée, et qui a passé dans l'article 2020. La section de législation du conseil d'État avait proposé de conserver indistinctement la solution romaine pour tous les cas où le débiteur avait volontairement donné une caution, sans y être tenu par la loi ni par une condamnation. Le conseil d'État a rejeté ce changement et admis l'opinion de Pothier comme plus conforme à la nature, à

Digitized by Google

l'objet du cautionnement et à l'intention des parties. (Séance du conseil d'État du 16 frimaire an xii, n° 8; Exposé des motifs, n° 9.; rapport au Tribunat, n° 11; discours au Corps législatif, n° 15, Locré, XV, 289-295, 324, 341, 380.)

CHAPITRE II.

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT. (Art. 2021-2033.)

SECTION PREMIÈRE.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION (art. 2021-2037).

I. DES DROITS DU CRÉANCIER.

1504. 1° De l'étendue du cautionnement. Distinguons deux cas :

A. Les limites de l'obligation de la caution sont strictement déterminées; il faut s'y renfermer. (Caen, 27 janvier 1868, D., 1868, 5, 57.)

B. Elles ne le sont pas, et le cautionnement est indéfini; il s'étend alors à tous les accessoires de l'obligation principale, même aux frais de la sommation et de la première demande, et à tous ceux *postérieurs* à la dénonciation qui en est faite à la caution (art. 2016). Car il serait injuste de faire retomber sur la caution des frais que, faute d'être informée de la demande, elle n'a pas pu prévenir. (Observations du Tribunat, n° 3, Locré, p. 313.)

Le cautionnement comprend aussi les intérêts, les effets de la demeure, les dommages et intérêts et généralement tous les accessoires; mais il ne comprend pas des intérêts conventionnels promis postérieurement au cautionnement. Si la dette se compose de plusieurs échéances, par exemple de loyers, il s'étend à toutes les échéances.

Digitized by Google

1505. 2° Le créancier peut poursuivre la caution, sans avoir mis le débiteur principal en demeure, si la dette n'a pas été payée à l'époque convenue. (Zachariæ, § 426, alin. 2; Troplong, n° 232.) Il y a exception à cette règle si la caution est simplement *fidejussor indemnitatis,* c'est-à-dire si elle s'est engagée seulement à payer ce que le créancier ne pourrait pas obtenir du débiteur principal.

1506. 3° Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée (art. 2017, 1122 et t. III, n° 44).

II. DES EXCEPTIONS QUE LA CAUTION PEUT OPPOSER AU CRÉANCIER.

A. *Des exceptions du chef du débiteur principal.*

1507. La caution peut opposer plusieurs *exceptions;* d'abord celles que le débiteur lui-même aurait pu opposer et qui ont du rapport avec la validité et l'existence même de la dette, par exemple, la prescription ou tout autre moyen de libération (article 2036). La caution peut opposer ces exceptions même contre la volonté du débiteur, et ce dernier ne peut pas y renoncer au préjudice de la caution. Car autrement la caution serait tenue d'une manière plus onéreuse que le débiteur principal (n° 1495, *e*).

Ainsi, elle peut opposer les exceptions de nullité fondées sur l'absence d'un objet ou d'une cause licite; les exceptions de rescision, par exemple pour vice de consentement, inexécution de l'obligation du créancier. Elle peut opposer les faits qui ont éteint la dette principale, même ceux qui sont postérieurs au cautionnement et auxquels la caution est complétement étrangère, par exemple le payement, la compensation (art. 1294, alin. 1). Elle peut opposer ces exceptions alors même qu'elle s'est obligée solidairement avec le débiteur principal (Zachariæ, § 426.) La solidarité lie plus étroitement la caution, mais elle ne fait pas perdre au cautionnement sa nature essentiellement *accessoire.*

1508. Toutefois, la règle qui précède souffre une exception importante. La caution ne peut pas opposer les *exceptions pure-*

Digitized by Google

ment personnelles au débiteur (art. 2036, alin. 2). Par *exceptions purement personnelles* il faut entendre celles qui sont fondées sur l'*incapacité personnelle* du débiteur, par exemple l'exception de minorité, de défaut d'autorisation maritale; car c'est précisément pour se garantir contre ces exceptions que le créancier a exigé le cautionnement (art. 2012, alin. 2). (Zachariæ, § 426.)

1509. Si le débiteur et le créancier ont fait une convention relative à l'existence ou au payement de la dette, sans la participation de la caution, celle-ci en profite; ce n'est pas là une *exceptio ex jure tertii.* Le créancier et le débiteur ne peuvent plus anéantir cette convention au préjudice de la caution (art. 1262, 1281, 1287, 1299). (Cass. fr., 12 novembre 1867, D., 1867, 1, 483; Caen, 10 juin 1868, D., 1868, 2, 27; Caen, 17 avril 1869, D., 1871, 2, 184; Cass. fr., 30 mars 1869, D., 1869, 1, 502.)

La caution peut intervenir dans toutes les instances engagées au sujet de la dette entre le débiteur principal et le créancier; elle peut aussi former tierce opposition aux jugements rendus à son préjudice.

B. *Des exceptions personnelles à la caution.*

1510. La caution peut proposer de son propre chef toutes les exceptions qui se rapportent à *sa propre dette;* par exemple l'exception de dol, de violence en son chef, la compensation, le pacte de remise. En outre, la loi donne à la caution personnellement deux exceptions particulières que nous allons examiner successivement; ce sont : 1° l'exception ou le bénéfice de *discussion* (*beneficium excussionis* ou *ordinis*), et 2° le bénéfice de *division* (*beneficium divisionis*).

1. DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION (art. 2021-2024).

1511. Par suite du cautionnement le créancier a deux débiteurs de la même dette; à la rigueur il a donc l'option de s'adresser au débiteur principal ou à la caution. Pendant longtemps le droit romain avait conservé ce choix au créancier; Justinien l'a enfin modifié, en accordant à la caution poursuivie le droit d'exiger que le créancier poursuive et discute d'abord le débiteur principal, sauf à attaquer ensuite la caution, s'il n'a pas pu ob-

Digitized by Google

tenir l'exécution de l'obligation. Ce droit de la caution, appelé *bénéfice de discussion* (*beneficium discussionis* ou *ordinis*), introduit par la novelle 4, chap. 1 et 2 (*Auth. Si quis*, C., *De fidejussoribus*, 8, 41) et admis par l'ancienne jurisprudence, a été conservé par le code (art. 2021).

1512. Trois conditions sont requises pour que le créancier soit obligé de discuter d'abord le débiteur principal :

1. Le bénéfice de discussion doit être proposé *in limine litis*, sur les *premieres* poursuites dirigées contre la caution (art. 2022). Toutefois les exceptions d'incompétence et de nullité (code de proc., art. 168 et 173) doivent être proposées avant celle-ci. De même, la caution peut discuter le cautionnement même, son existence et sa validité, sans être déchue du bénéfice de discussion. (Duranton, n° 334.)

Si la caution ne propose pas le bénéfice de discussion sur les premières poursuites, elle est censée y avoir renoncé, et elle ne peut plus le proposer en appel.

2. La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur sur lesquels il pourrait se faire payer. Le créancier ne peut pas être obligé à une discussion qui serait trop difficile ou trop longue. C'est pourquoi la caution ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour d'appel du lieu où le payement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur; car la poursuite contre le tiers détenteur de l'hypothèque peut entraîner des retards et des longueurs (art. 2023). La caution peut aussi indiquer des biens meubles, par exemple des créances. Les biens ne doivent pas être suffisants, donc le bénéfice peut être opposé quand même le débiteur serait en déconfiture. L'indication doit se faire en une fois, et non successivement. La caution ne peut pas invoquer le bénéfice de discussion lorsque le débiteur principal est en faillite. (Rouen, 22 juillet 1871, D., 1873, 2, 180).

3. La caution doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion (art. 2023).

1513. Effets du bénéfice de discussion proposé. Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens comme il vient d'être dit, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la dis-

Digitized by Google

cussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites (art. 2024). Le cautionnement acquiert ainsi un caractère synallagmatique, et le créancier devient responsable de tout acte et de toute omission qui pourrait priver la caution du résultat du bénéfice de discussion. Si la discussion devenait impossible ou donnait un résultat insuffisant par suite d'un fait ou d'une négligence imputable au créancier, la caution serait en droit de refuser le payement. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 263, note 15.)

1514. Le bénéfice de discussion n'a pas lieu :

1. Si la caution s'est obligée *solidairement avec le débiteur* principal (art. 2021). L'engagement solidaire de plusieurs *cofidéjusseurs entre eux* exclut bien le bénéfice de *division*, mais non le bénéfice de discussion.

2. En cas de renonciation à ce bénéfice dans l'acte de cautionnement ou dans un acte postérieur. La renonciation au bénéfice de division n'emporte pas la renonciation au bénéfice de discussion.

2. DU BÉNÉFICE DE DIVISION (art. 2025-2027).

1515. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à *toute* la dette (art. 2025; § 4, J., *De fidejussoribus*, 3, 21). Quel est le motif de cette règle puisée dans le droit romain et suivie par l'ancienne jurisprudence? et quelle est la raison de la différence entre plusieurs coobligés et plusieurs cofidéjusseurs? Lorsque plusieurs individus contractent conjointement une obligation, elle se divise de plein droit entre eux, et chacun n'est censé s'être engagé que pour sa part. (Voy. t. III, nos 116, 121.) Pourquoi n'en est-il pas de même à l'égard de chaque caution? Il est difficile de donner à cette question une réponse entièrement satisfaisante. Suivant quelques jurisconsultes, cette règle n'a qu'une cause purement historique et traditionnelle. D'après l'ancien droit romain, la fidéjussion se contractait par la formule de la stipulation, et tous ceux qui répondaient, les uns après les autres, à une même question à eux posée, étaient tenus chacun pour le tout (*in solidum*). Le principe de la solidarité s'est

Digitized by Google

maintenu dans le droit nouveau par la force de la tradition, alors même que le cautionnement était contracté autrement que par la forme de la stipulation. Selon d'autres, il est de la nature même du cautionnement de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal, et, par conséquent, chacun de ceux qui le cautionnent est censé contracter *cet* engagement pour lui-même; donc chacun est tenu pour le tout. (Pothier, *Obligations*, n° 415; observations du Tribunat, n° 7; discours de Lahary au Corps législatif, n° 6, Locré, XV, 314, 375, et Troplong, *Cautionnement*, n°s 282-286.) Dans la section de législation du Tribunat, il y avait partage d'opinion sur l'admission du principe. La moitié de la section proposait d'établir en règle que chacune des cautions ne serait tenue que de sa part et portion de la dette.

La rigueur de la responsabilité de plusieurs cautions fut tempérée déjà par l'empereur Adrien, qui accordait aux fidéjusseurs l'exception de division; elle fut admise aussi par l'ancienne jurisprudence. En vertu de ce bénéfice, chacune de plusieurs cautions peut, à moins qu'elle n'y ait renoncé, exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chacune d'elles.

Sauf le bénéfice de division, plusieurs cautions sont tenues chacune pour le tout, même lorsque la dette cautionnée a été contractée par plusieurs personnes. Par exemple, quatre personnes doivent conjointement 4,000 francs; A, B, C et D se portent cautions, chacun d'eux est tenu pour le tout, donc de 4,000 francs.

1516. L'exception de division ne peut pas être opposée par des cautions d'une même dette qui se sont engagées par actes *séparés*. Le cautionnement de l'une n'a pas été déterminé par le cautionnement de l'autre. (Duranton, n° 346.) Il y a exception si le second acte a été fait en considération du premier. Le bénéfice de division n'est pas applicable à des cofidéjusseurs qui ont garanti, non une même dette, mais des parts distinctes d'une dette unique. (Gand, 27 décembre 1878, B. J., t. 37, 184; P., 1879, 122.)

1517. Le bénéfice de division peut être proposé en tout état de cause, même en appel (arg. *à contrario* de l'art. 2022). (Troplong, n°s 295, 296.) L'exception de discussion est dilatoire,

Digitized by Google

celle-ci est péremptoire. Les cautions ont intérêt à l'opposer le plus tôt possible, parce que, après l'avoir opposée, l'insolvabilité future des cofidéjusseurs est aux risques du créancier. La division n'a pas lieu de plein droit; elle doit être proposée.

1518. Lorsque, dans le temps où l'une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division (art. 2026, alin. 2). Car alors le créancier n'a qu'à s'imputer à lui-même de n'avoir pas mis assez de diligence à exercer ses poursuites.

1519. L'exception de division n'a pas lieu : 1° s'il y a cautionnement solidaire soit entre le débiteur principal et la caution, soit entre plusieurs cautions (Bruxelles, 1er juin 1864, P., 1865, 313); 2° en cas de renonciation. La renonciation au bénéfice de discussion n'emporte pas renonciation au bénéfice de division.

1520. Si le créancier a divisé *lui-même et volontairement* son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables (art. 2027). Il suffit que le créancier ait divisé la *demande;* il n'est pas nécessaire que la caution y ait acquiescé, ni qu'il y ait un jugement. Les alinéas 2 et 3 de l'article 1211 (t. III, n° 128) ne sont pas applicables ici, excepté s'il y avait stipulation solidaire. Cette division n'a d'effet qu'à l'égard de celle des cautions à qui le créancier a demandé sa part ou qui la lui a payée. Il peut encore demander la totalité contre les autres cautions.

SECTION II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR PRINCIPAL ET LA CAUTION (art. 2028-2032).

I. RÈGLES GÉNÉRALES.

1521. La caution qui a *libéré* le débiteur principal a son recours contre lui. Les articles 2028 et 2029 disent : *la caution qui*

Digitized by Google

a payé; mais la règle s'applique à *toute libération*, par exemple par compensation, par dation en payement ou par novation (délégation de créancier ou de débiteur), même lorsque le créancier a fait à la caution *personnellement*, pour lui faire une libéralité, remise de la dette, en libérant aussi le débiteur principal. (Fr. 10, § 13, fr. 26, § 3, D., *Mandati*, 17, 1; Duranton, n° 349; Cass. fr., 7 mars 1876, D., 1876, 1, 350.)

1522. Le recours contre le débiteur étant établi en principe, il s'agit de savoir par quelle action il peut être exercé. La caution peut agir contre le débiteur principal ou en vertu de la subrogation dans les droits du créancier, ou bien par une action qui lui est propre et fondée sur le rapport juridique existant entre elle et le débiteur.

1523. I. De la subrogation. Suivant le droit romain, le fidéjusseur avait, outre les bénéfices de discussion et de division, encore un troisième bénéfice, appelé *cedendarum actionum*, en vertu duquel il pouvait exiger, avant de payer, que le créancier le subrogeât dans ses droits en lui cédant les actions qu'il pouvait avoir du chef de la dette cautionnée, soit contre le débiteur principal, soit contre d'autres personnes tenues de cette dette. (Fr. 17 et 36, D., *De fidejussoribus*, 46, 1; l. 21, C., *eodem*, 8, 41; *Nov*. 4, c. 1, *i. f.*) Cette cession devait être demandée *avant* le payement, autrement la dette était éteinte. Si la caution avait payé sans requérir la cession, cet oubli lui faisait perdre le bénéfice de la subrogation dans les droits du créancier. Au XVI[e] siècle, Dumoulin essaya vainement de démontrer que d'après les textes mêmes des lois romaines, la subrogation devait s'opérer *de plein droit* au profit de la caution, par le seul effet du payement. Les lois ne se prêtaient pas à cette interprétation. Les auteurs du code ont changé le droit romain et adopté l'idée de Dumoulin en proclamant que la subrogation dans les droits du créancier a lieu de plein droit au profit de la caution qui a payé (art. 1251, n° 3, et 2029).

La subrogation a lieu aussi contre les tiers détenteurs du bien hypothéqué à la dette.

Elle a lieu, peu importe que la caution se soit engagée par ordre, à l'insu ou contre le gré du débiteur (art. 2028, alin. 1 et arg. art. 1250). L'article 1251, n° 3, ne distingue pas. En vertu

Digitized by Google

de la subrogation, la caution peut répéter contre le débiteur tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages-intérêts et frais.

1524. Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a *tous* cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé (art. 2030, 2002). Celui qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires n'a d'action contre les autres que pour leur part virile dans la dette (art. 1213, 1214, et t. III, n° 132). Si les débiteurs doivent conjointement, la caution a son recours contre chacun pour une part virile.

1525. II. Des actions propres à la caution. La caution qui s'est obligée à la demande ou au su du débiteur a contre lui l'action de mandat (*actio mandati contraria*).

Celle qui s'est engagée à l'insu du débiteur a l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

Ces deux actions sont importantes sous le rapport de la prescription; elles durent encore contre le débiteur, quand même l'action du créancier dans laquelle la caution a été subrogée serait prescrite. Elles durent trente ans du jour du payement fait par la caution. Ces deux actions ont la même étendue. La caution peut demander : 1° le capital payé; 2° les intérêts des sommes payées depuis le jour du payement, quand même la dette n'en produisait pas (art. 2001); 3° les frais faits depuis la dénonciation des poursuites dirigées contre elle; 4° les dommages-intérêts. (Bruxelles, 30 janvier 1873, P., 1873, 30.)

La caution qui s'est obligée malgré le débiteur n'a contre lui qu'une action *de in rem verso*.

II. EXCEPTIONS DES RÈGLES QUI PRÉCÈDENT.

1526. La règle d'après laquelle la caution qui a libéré le débiteur a son recours contre lui souffre deux exceptions, l'une *extensive*, l'autre *restrictive*.

1527. Cas de l'*exception extensive*. La caution (pourvu qu'elle se soit obligée sans opposition du débiteur) peut agir contre le débiteur à l'effet d'obtenir sa décharge ou d'être indemnisée *même avant d'avoir payé ou de l'avoir libéré*, dans les cinq cas suivants : 1° lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement;

Digitized by Google

2° lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture; 3° lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; 4° lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; 5° au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé (art. 2032). Cette dernière disposition ne fait pas obstacle à ce que la caution d'une rente constituée demande sa décharge au bout de dix ans.

1528. Cas de l'*exception restrictive.* La caution n'a pas de recours contre le débiteur, ni du chef du créancier, ni de son propre chef :

1° Si la caution a payé une première fois et que le débiteur principal ait payé une seconde, lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier (art. 2031, alin. 1). Si les circonstances n'avaient pas permis à la caution d'avertir le débiteur, elle a recours contre lui, par exemple, s'il s'est trop pressé de payer, de sorte qu'il n'a pas pu être averti. Il suffit que la caution ne soit pas en faute;

2° Lorsque la caution a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, si, au moment du payement, le débiteur avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, sauf son action en répétition contre le créancier (art. 2031, alin. 2). La caution a son recours, s'il y avait faute de la part du débiteur de ne l'avoir pas averti des moyens qu'il avait de repousser la dette. Dans le cas qui vient d'être mentionné, la caution n'a pas de recours contre le créancier, si elle a payé une dette naturelle;

3° Si elle a cautionné pour faire une libéralité au débiteur;

4° Si elle a cautionné pour une personne incapable de s'obliger, par exemple, pour un mineur.

Digitized by Google

SECTION III.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS (art. 2033).

1529. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion (art. 2033, alin. 1). En droit romain, celui des cofidéjusseurs qui avait payé n'avait son recours contre les autres que s'il s'était fait céder les actions par le créancier. Il n'avait pas l'action *negotiorum gestorum*, puisque, en payant, il n'avait pas fait ni voulu faire les affaires des cofidéjusseurs, mais bien les siennes. L'ancienne jurisprudence française admit, même sans cession, le recours en vertu d'une *utilis actio negotiorum gestorum.* (Troplong, n° 420; Duranton, n° 365.) Dumoulin combattit pour le recours de plein droit qu'admet l'article 2033.

1530. Les conditions de ce recours sont :

1. Il faut que la caution ait réellement payé ou fait libérer le débiteur. Son action ne naît que du payement. Elle ne peut pas agir avant d'avoir payé;

2. Il faut qu'elle ait payé dans des circonstances telles qu'elle aurait son recours contre le débiteur principal (art. 2031; *suprà*, n° 1528);

3. Il faut qu'elle ait payé dans l'un des cas énoncés en l'article 2032 (art. 2033, alin. 3). Le sens de ce dernier alinéa est : le fidéjusseur ne peut exercer le recours contre les cofidéjusseurs, s'il a payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier, ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture, ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé à lui procurer sa décharge (n° 3), ou avant l'échéance de l'obligation (n° 4), ou avant l'expiration des dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance, ou avant l'expiration du terme pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre. (Rapport au Tribunat, n° 23; Locré, XV, 347.)

1531. Le recours a lieu contre chaque cofidéjusseur pour sa part et portion, même en cas de subrogation conventionnelle, parce que chacun des autres peut opposer l'exception de division.

Digitized by Google

Il en est de même si les cofidéjusseurs sont solidaires entre eux, ou avec le débiteur principal (art. 1214 et t. III, n° 132), ou si chacun des débiteurs solidaires principaux fournit une caution particulière qui le cautionne seul.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT. (Art 2034-2039.)

1532. Le cautionnement s'éteint : 1° par tout mode d'extinction des obligations relatif au contrat de cautionnement (remise, prescription, transaction, novation), indépendamment de l'obligation principale (art. 2034, 2036).

1533. Il s'éteint : 2° par l'extinction de l'obligation principale (*accessorium sequitur principale*). Il faut examiner spécialement :

A. La perte de la chose due si elle est un corps certain et déterminé (art. 1302; t. III, n° 257). Il faut distinguer : *a*. la perte a lieu par cas fortuit. L'extinction de l'obligation principale entraîne celle du cautionnement; *b*. elle a lieu par la faute du débiteur. L'obligation est perpétuée et se résout en dommages-intérêts dont la caution est tenue (art. 2016); *c*. la perte a lieu par la caution. Le débiteur est libéré, mais sauf l'action contre la caution.

B. L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé (art. 2038). Car la caution n'a garanti que la première obligation, laquelle est éteinte par novation, et elle n'a pas garanti l'action résultant de l'éviction de la chose donnée en payement. (Exposé des motifs, n° 24, Locré, XV, 330.) Il importe peu que la dette ait pour objet un corps certain ou un *genus*. La disposition de l'article 2038 ne s'applique pas au cas d'un payement postérieurement *annulé*, par exemple, pour cause de faillite. (Douai, 7 juillet 1875, D., 1876, 2, 30.)

Digitized by Google

C. Le payement. Un *genus* est dû, le débiteur paye un des individus de ce *genus*, par exemple, un cheval, lequel est évincé. Faut-il appliquer la disposition qui précède? Oui. La caution s'est crue libérée, et à cause de cela elle n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer son recours contre son débiteur.

D. La confusion. (Voy. art. 1301 et t. III, n°s 253, 254.) La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution (art. 2035).

E. La simple prorogation du terme accordée *par le créancier* au débiteur principal ne décharge point la caution, qui toutefois peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement (art. 2039, 2032, n° 4). (Nancy, 13 avril 1867, D., 1867, 2, 103; voy. Cass. fr., 13 novembre 1877, D., 1878, 1, 300.) La prorogation du terme ne peut pas nuire à la caution en lui faisant courir les risques de l'insolvabilité du débiteur, puisqu'il peut contraindre ce dernier au payement. (Discours au Corps législatif, n° 31, Locré, p. 389.)

1534. 3° Indépendamment de ces deux causes d'extinction, le cautionnement cesse lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution, par exemple, si le créancier avait négligé de renouveler une inscription hypothécaire (art. 2037). Cette disposition est une conséquence du *beneficium cedendarum actionum* que la caution peut opposer au créancier. Elle s'applique aussi à la caution solidaire. (Montpellier, 23 août 1870, D., 1873, 1, 38, sous Cass., 19 novembre 1872.) Mais elle ne concerne que les droits, privilèges et hypothèques existants lors du contrat de cautionnement, sur lesquels la caution a pu légitimement compter quand elle s'est engagée. (Gand, 27 décembre 1878, P., 1879, 123; Laurent, t. XXVIII, n° 308.)

Si la subrogation n'est devenue impossible *qu'en partie*, la caution est affranchie de son engagement dans la même proportion.

Digitized by Google

TITRE XV.

DES TRANSACTIONS (ART. 2044-2058).

1535. Ce titre ne se trouve pas dans le projet de code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII. Il a été ajouté par la section de législation du conseil d'État, laquelle a principalement puisé cette matière dans Domat. (*Lois civiles*, liv. I, tit. XIII, *des Transactions*.)

I. NOTION DE LA TRANSACTION ET CONDITIONS REQUISES POUR SA VALIDITÉ.

1536. La transaction est un contrat synallagmatique, par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, en renonçant, chacune, à une partie de leurs prétentions ou en se faisant des concessions réciproques. (L. 38, C., *De transactionibus*, 2, 4 : « *Transactio, nullo dato, vel retento, vel promisso, non procedit ;* » et fr. 1, D., *De transactionibus*, 2, 15 : « *Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit : qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.* »)

La définition de l'article 2044, portant que la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, est trop vague et trop large, parce qu'elle ne renferme pas l'élément des concessions *réciproques*. D'après cette définition, la simple *renonciation* à un droit pourrait aussi être une transaction.

1537. Outre les conditions générales de l'existence et de la validité de toutes les conventions, les conditions *spéciales* requises pour la transaction sont :

1° Une contestation née ou à naître. (Fr. 65, § 1, D., *De condictione indebiti*, 12, 6.) Il faut qu'il existe un doute raisonnable sur la réalité du droit qui fait l'objet de la transaction. La renonciation à un droit certain n'est pas une transaction. Une sem-

Digitized by Google

blable convention peut valoir comme simple renonciation ou comme donation déguisée, et sa validité comme telle doit être jugée d'après les règles sur les actes simulés. C'est aussi pour ce motif que la transaction sur un procès terminé par jugement passé en force de chose jugée est nulle (art. 2056).

La question de savoir si un droit est douteux est abandonnée à l'appréciation du juge. (Exposé de motifs, n° 2; Locré, XV, 416.) Il suffit même que le doute sur la réalité et la légitimité de leurs droits ait existé dans l'esprit des contractants au moment où elle est intervenue. (Bruxelles, 2 février 1866, P., 1867, 148.)

1538. 2° Il faut une *réciprocité* de concessions, lesquelles peuvent cependant être d'une valeur différente. (Laurent, t. XXVIII, n° 327.) Une renonciation de l'un des côtés sans équivalent de l'autre serait un acte de pure libéralité.

1539. 3° Il faut capacité de *transiger*, donc d'aliéner les droits auxquels on renonce (art. 2045). Sur la capacité du tuteur, voy. art. 467 et *suprà*, t. I, n° 749. Le mineur émancipé ne peut transiger qu'avec l'assistance de son curateur et en observant les formes prescrites par l'article 467 (art. 481, 482, 484). (Laurent, t. XXVIII, n° 338.) La question est controversée. Suivant d'autres jurisconsultes, il peut transiger sans l'assistance de son curateur et sans les formes de l'article 467 sur les objets de simple administration qui lui sont confiés, et sur ceux dont il a la disposition. Cette dernière opinion est professée par Bigot-Préameneu dans l'Exposé de motifs de ce titre, n° 3. (Locré, XV, 417.)

Sur les transactions entre le mineur devenu majeur avec son ancien tuteur, voy. t. I, n° 761.

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du chef de l'État (art. 2045).

1540. 4° Il faut un consentement valable d'après les principes généraux de droit, sauf une modification, savoir : la transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit (art. 2052, alin. 2.)

Les articles 2053 et 2054 ne contiennent pas de véritables exceptions aux principes généraux; car, d'un côté, on conçoit difficilement un cas où l'erreur dans la personne ne constitue pas en même temps une erreur sur la contestation qui fait l'objet de la transaction, et de l'autre côté, lorsque la transaction a été

Digitized by Google

faite en exécution d'un titre nul que les parties supposaient valable, on peut dire que la transaction est sans cause (art. 1131). (Voy. *infrà*, n° 1551.)

1541. 5° Il faut un objet sur lequel on puisse valablement transiger (art. 2046). On peut, en règle générale, transiger sur tout ce qui peut être l'objet de conventions (art. 1126-1130). On peut aussi transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit; mais la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.

Toutefois, aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne peut être exécutée si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel peut faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il juge à propos (code de proc., art. 249).

On ne peut transiger sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui, d'après les lois de la procédure, sont sujettes à communication au ministère public (code de proc., art. 1004, 83, 581).

1542. 6° La transaction n'exige aucune *forme* solennelle. Elle n'a pas besoin d'être faite *par écrit* pour être valable. Ainsi, lorsqu'elle est avouée entre parties, elle est obligatoire, quand même elle n'aurait été faite que verbalement. L'article 2044, alinéa 2, tout en disant que la *transaction doit être rédigée par écrit*, n'est pas contraire à cette thèse (arg. art. 1834). (Troplong, *Transact.*, n° 27, et *suprà*, n° 1267; Laurent, t. XXVIII, n° 367.) Le sens de cette disposition est que l'on ne peut pas prouver par témoins l'existence de la transaction, quand même son objet serait au-dessous de 150 francs, sauf le cas de l'article 1348, n° 4, t. III, n° 394. (Cass fr. 8 janvier 1879, D., 1879, 1, 128.)

De là il suit qu'on peut déférer le serment sur l'existence d'une transaction, et que la preuve testimoniale est admissible lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347 et t. III, n°s 391, 392). (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transaction*, § 8, n°s 1, 2, 3; Demante, édit. de Mazerat, n° 805 et note 796; Bruxelles, 13 mai 1863, P., 1864, 22, et 11 avril 1864, P. 1866, 42; Cass. fr., 24 décembre 1877, D., 1878, 1, 160, cassant l'arrêt de Paris du 30 novembre 1876, qui avait jugé en sens contraire.)

Digitized by Google

Les opinions des auteurs sont divergentes sur ces deux derniers points. Ainsi, par exemple, Zachariæ, § 420, note 5, admet le serment, mais il n'admet pas la preuve testimoniale, quand même il existe un commencement de preuve par écrit. (Voy., en ce sens, Liége, 2 mars 1848, P., 1848, 49; J. P. B., 1849, 94; Nancy, 5 décembre 1867, D., 1868, 2, 45; Metz, 30 novembre 1869, D., 1869, 2, 230.) Troplong, nos 29-31, exclut tout aussi bien le serment que la preuve par témoins. Il se fonde particulièrement sur le motif allégué par Albisson dans le rapport au Tribunat, no 2, portant que « la transaction devant terminer un procès; c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau, que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale ». (Locré, XV, 431.) Mais il nous paraît évident que cette raison ne peut avoir d'autre portée que de proscrire la preuve testimoniale dans les cas ordinaires, où elle aurait été admise en principe. Autrement elle prouverait trop. Car, si, à cause d'une difficulté de la preuve, la validité de la transaction elle-même pouvait être mise en doute, elle ne serait jamais assurée, puisqu'on peut soulever de semblables difficultés même en présence d'un acte authentique.

II. EFFETS DE LA TRANSACTION.

1543. I. Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui est faite à tous les droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé (art. 2048, 2049). Ces règles d'interprétation, en ce qui concerne l'*objet* de la transaction, sont une application des règles générales prescrites pour toutes les conventions par les articles 1156 et 1163. Elles sont puisées dans les fr. 5 et 9, § 1 et 3, D., *De transactionibus*, 2, 15, et dans Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XIII, no 3. « *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur.* » Le législateur a ici spécialement rappelé ces règles, parce que « le plus souvent la transaction ne porte pas

Digitized by Google

l'énumération de tous les objets sur lesquels on a entendu transiger, et elle contient des expressions générales qui peuvent faire douter si tel objet y est compris ». (Exposé de motifs, n° 6, Locré, XV, 420.) Au reste, les juges du fond sont souverains pour interpréter le sens et la portée des clauses d'une transaction, ainsi que l'intention des parties qui l'ont souscrite. Jurisprudence constante. (Voy., par exemple, Cass. fr., 17 janv. 1877, D., 1878, 1, 255.)

1544. II. On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter (art. 2047). Si la transaction a été conclue sous une clause pénale, la partie, au profit de laquelle la peine est encourue ne peut pas demander à la fois la peine et l'exécution de la transaction (art. 1229, t. III, nos 152, 153). Cependant les contractants peuvent convenir que la partie contrevenante payera la peine, tout en restant tenue d'exécuter la transaction. (Fr. 16, D., *De transactionibus*, 2, 15; Laurent, t. XXVIII, n° 381.)

1545. III. Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (art. 2052). Cette comparaison entre la transaction et la chose jugée a été prise dans Domat, liv. I, tit. XIII, n° 9, qui l'a puisée dans la l. 20, C., *De transactionibus*, 2, 4 : « *Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit* ». Cette comparaison a été faite parce que la transaction termine un différend et devient la mesure régulatrice des droits litigieux, de même qu'un jugement; que c'est en quelque sorte un jugement prononcé par les parties elles-mêmes; parce que, pas plus qu'un jugement, la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit, et parce que déjà sous l'ancien droit, alors que beaucoup de jurisconsultes admettaient la lésion comme une cause de rescision des conventions, la transaction ne pouvait pas être annulée pour cette cause (art. 2050, alin. 2). (Exposé de motifs, n° 10, Locré, p. 421-423.) Mais cette assimilation ne doit pas être prise à la lettre; il y a plusieurs différences importantes entre la transaction et la chose jugée. (Voy. *infrà*, n° 1547.)

1546. Que l'on considère la transaction comme un jugement rendu entre parties ou comme une convention, elle produit les conséquences suivantes :

Digitized by Google

1° La partie qui a transigé peut opposer à l'autre partie une exception, si cette dernière veut faire revivre la contestation terminée par la transaction. Cette exception suppose l'existence des conditions prescrites par l'article 1351. Ainsi, il faut que la transaction ait eu lieu entre les mêmes parties que celles qui l'invoquent réciproquement (art. 1121, 2051). Toutefois, la transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres (art. 1208, t. III, n°s 127, 416), mais elle ne peut leur être opposée, et la transaction faite avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres, mais elle ne peut leur être opposée que jusqu'à concurrence de la part de celui qui l'a conclue (art. 1198, alin. 2, art. 1199, t. III, n°s 119, 417). La caution peut invoquer la transaction faite avec le débiteur principal. (Voy. *suprà*, n° 1507, et t. III, n° 415,.)

Il faut que la nouvelle contestation porte sur le même objet que celle terminée par la transaction, et que les parties qui invoquent, ou contre lesquelles on invoque la transaction y aient procédé en la même qualité. Ainsi, si celui qui a transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la 'transaction antérieure (art. 2050); par exemple, un mineur, devenu majeur, a transigé avec son tuteur sur la part qu'il avait de *son* chef dans la succession de son père, et il devient ensuite héritier de son frère pour une autre part. (Exposé de motifs, n° 8, Locré, p. 421; Lyon, 14 janvier 1870, D., 1876, 5, 448.)

2° La partie à laquelle une promesse a été faite par la transaction peut agir en exécution.

3° La transaction n'est pas *translative,* mais *déclarative* des droits qui faisaient l'objet de la contestation terminée. En conséquence, celui qui renonce à un droit ou reconnaît ce droit au profit de l'autre partie n'est pas tenu à la garantie. Cependant, si un droit avait été cédé par l'une des parties comme prix d'une renonciation faite par l'autre, la transaction serait, à l'égard de cet objet, un titre translatif de propriété qui donnerait lieu à la garantie.

1547. Bien que les transactions aient entre les parties l'autorité de la chose jugée, il y a cependant plusieurs différences

Digitized by Google

entre un véritable jugement et une transaction, savoir : 1° Les causes pour lesquelles une transaction peut être attaquée ne sont pas les mêmes que celles pour lesquelles on peut attaquer un jugement. 2° Les voies par lesquelles et les délais dans lesquels l'un et l'autre peuvent être attaqués ne sont pas les mêmes. Les jugements ne peuvent être attaqués que par les moyens et recours ouverts contre les jugements en général et dans les délais fixés par la loi. 3° Une transaction roulant sur plusieurs points forme un tout indivisible et ne peut pas être annulée en partie ; un jugement statuant sur plusieurs chefs de contestation peut n'être réformé que relativement à quelques chefs seulement. 4° Un jugement ne peut être attaqué par les tiers qui n'y ont pas été partie que par la voie de la tierce opposition, tandis que la transaction peut être attaquée directement en nullité en vertu de l'article 1167.

1548. Une transaction *judiciaire,* c'est-à-dire qui a été convertie en jugement sur les conclusions respectives des parties, est, en ce qui concerne la forme, assimilée à tout autre jugement. Au fond, elle ne peut être attaquée que pour les mêmes motifs pour lesquels on peut attaquer les transactions en général.

III. DES CAUSES DE NULLITÉ ET DE RESCISION DES TRANSACTIONS.

1549. La transaction peut être attaquée en nullité ou en rescision pour toute cause de nullité ou de rescision des conventions en général; ainsi pour dol, violence ou erreur (art. 2052, 2053). Elle peut être attaquée pour cause de lésion de plus d'un quart, lorsqu'elle a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers (art. 887, 888).

1550. L'erreur de *calcul* dans une transaction doit être réparée (art. 2058); mais cette réparation n'est pas une rescision de la transaction même.

1551. Les causes spéciales, pour lesquelles la transaction peut être rescindée sont les cinq suivantes :

1° L'erreur sur la personne et sur l'objet de la contestation (art. 2053, et *suprà*, n° 1540).

2° Lorsque la transaction a été faite en exécution d'un titre

Digitized by Google

nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité (art. 2054). (Liége, 10 août 1861, P., 1864, 181.)

Il n'y a pas de contradiction entre cet article et l'article 2052, alinéa 2. La transaction sur un titre nul peut être attaquée lorsque les parties ont été en erreur de fait sur la nullité du titre. L'article 2054 est fondé sur ce que la transaction était *sans cause*. (Gillet, discours au Corps législatif, n° 8, Locré, XV, 446; Liége, 20 juillet 1864, P., 1864, 386.) Par exemple, l'héritier et le légataire transigent sur l'interprétation d'un testament; plus tard, on découvre un testament postérieur, qui révoque entièrement celui sur lequel les parties ont transigé; la transaction est nulle. (Troplong, n°s 145-149.) La nullité peut être demandée alors même que la transaction aurait été exécutée. (Voy. l'arrêt de Liége du 20 juillet 1864.)

1552. 3° La transaction faite sur pièces qui *depuis* ont été reconnues fausses est *entièrement* nulle (art. 2055). Dans cette hypothèse, même un jugement rendu en dernier ressort peut être attaqué par la requête civile (code de proc., art. 480, 9°). Alors la transaction est aussi sans cause, comme dans le cas précédent; de plus, si l'une des parties savait que les pièces étaient fausses, il y aurait eu dol. (Cass. fr., 14 août 1877, D., 1878, 1, 298.)

Cette disposition donne lieu à deux observations :

A. La transaction ne peut être annulée si, au moment où elle a été conclue, les parties *savaient* qu'elles transigeaient sur pièces fausses. Le mot *depuis* a été ajouté pour donner ce sens à l'article 2055. (Séance du conseil d'État du 15 ventôse an XII, n° 9, Locré, XV, 407.)

B. La transaction sur pièces fausses est *entièrement* nulle. Il n'en était pas de même en droit romain. La loi 42, C., *De transactionibus*, 2, 4, en supposant que, dans une transaction, il peut se trouver plusieurs chefs qui soient indépendants et auxquels la pièce fausse ne soit pas commune, décide que la transaction conserve sa force pour les chefs auxquels la pièce fausse ne s'applique pas. L'article 2055 part de l'idée que toutes les parties de la transaction sont *corrélatives*, et que, lors même que les divers points sur lesquels on a traité sont indépendants quant à leur objet, il n'en est pas moins incertain si les parties eussent traité séparément sur tous les points, si tous les chefs ne sont pas

Digitized by Google

censés les uns les conditions des autres. C'est pourquoi la transaction est *entièrement* nulle. (Exposé de motifs, nº 13, Locré, p. 423.)

1553. 4° La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle. Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction est valable (art. 2056). Si le jugement était connu de l'une des parties, la transaction serait nulle pour cause de dol (*suprà*, nº 22); si elle était ignorée de toutes les deux, il y aurait erreur sur la *substance* même de la chose; les parties voulaient transiger sur un droit incertain, et toute incertitude avait déjà cessé.

1554. 5° Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties; mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit (art. 2057).

Si les titres avaient été *retenus* par le fait de l'une des parties, la transaction serait nulle pour cause de dol. Il en est autrement si les titres n'ont pas été retenus par l'une des parties.

L'article distingue deux hypothèses :

A. Les parties ont transigé sur *toutes* les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble; la découverte de titres nouveaux ne donne pas lieu à rescision. La loi part du point de vue que toutes les clauses de la transaction sont corrélatives, et que les parties n'ont souscrit aux autres dispositions que sous la condition qu'elles ne pourraient élever l'une contre l'autre de nouvelles contestations sur aucune de leurs affaires antérieures. (Exposé de motifs, nº 15, Locré, p. 425.)

B. La transaction n'avait qu'*un* objet. Les lois romaines défendaient d'une manière générale, donc, dans ce cas comme dans le précédent, d'attaquer la transaction sous prétexte de documents nouvellement découverts (l. 19, C., *h. t.*, 2, 4). Les auteurs du code, en assimilant ce cas à l'existence d'un jugement ignoré des parties, ont déclaré la transaction rescindable, par le motif qu'il

Digitized by Google

n'y avait pas de question douteuse qui pût en être l'objet, donc pour erreur sur la substance de la chose, ou pour absence de cause. (Exposé de motifs, n° 15; rapport au Tribunat, n° 12, Locré, XV, 425, 436.)

Troplong fait observer avec raison que dans ce cas la transaction a moins d'autorité que la chose jugée, laquelle ne peut pas être attaquée sur le fondement de pièces ultérieurement découvertes. (*Transactions*, n° 165.)

TITRE XVI.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

Ce titre du code civil est abrogé et remplacé, en **France**, par la loi du 22 juillet 1867, en **Belgique** par les lois des 21 mars 1859 et 27 juillet 1871.

I. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1555. D'après les anciennes lois des Romains et celles des peuples germaniques, on peut définir la contrainte par corps un *moyen d'exécution* d'une obligation qui s'exerce sur la *personne* même du débiteur. Cette exécution sur la personne peut se concevoir de diverses manières : ou bien le débiteur est réduit à l'esclavage et sa personne est adjugée au créancier comme une propriété que ce dernier peut aliéner; ou bien le créancier peut faire travailler son débiteur jusqu'à ce que sa dette ait été payée par le produit de son travail.

Aujourd'hui, la contrainte par corps n'est plus un moyen d'exécution proprement dit; c'est une *coaction* exercée par l'emprisonnement sur la personne du débiteur, afin de le déterminer à payer sa dette. On peut dire que c'est une épreuve de la solvabilité que la loi met aux mains du créancier contre son débiteur.

Digitized by Google

1556. Les lois romaines, surtout dans les premiers temps, étaient d'une excessive sévérité contre les débiteurs qui n'accomplissaient pas leurs engagements. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, 4[e] édit., §§ 299, 300.)

Les Gaulois et les Germains permettaient d'aliéner volontairement sa personne et sa liberté, et de la donner en gage à son créancier pour sûreté du remboursement d'argent prêté et de l'exécution de toute autre obligation. Cet engagement de la personne, connu sous le nom de *Obnoxiatio*, et dont plusieurs formules nous ont été transmises par Marculfe (*Formulæ*, lib. II, 25 et 28, et *Appendix*, XVI), était très usité sous la première et la seconde race des rois de France. « Cet engagement ne porte pas dans tous les États barbares le même caractère de dureté », dit Troplong; « chez les Wisigoths il est tempéré par certaines formes protectrices, par quelques garanties, par exemple par la discussion des biens. Quelquefois l'obnoxié a le droit de se racheter. D'autres fois son travail chez le créancier est estimé à une valeur et amortit le capital. Presque toujours son engagement est viager et attribue au créancier le droit de vendre sa personne comme un esclave. » (*Contrainte par corps, Préface*, éd. belge, p. 53.) On pouvait aussi obnoxier ses héritiers.

A côté de l'obnoxiation volontaire existait la privation judiciaire de la liberté. Si le débiteur était insolvable, il devait s'obnoxier jusqu'au payement de sa dette; il payait sa dette par l'esclavage, et il devait subir des traitements humiliants.

D'après les assises de Jérusalem, Haute Cour, c. 177 et 191, le débiteur insolvable, après avoir juré « *qu'il n'avait de quoi il puisse payer ne dessus terre ne dessous* », était livré à son créancier, et celui-ci le conduisait dans sa maison avec le droit de le tenir en prison toute sa vie. Il était employé comme un esclave aux travaux serviles et portait un anneau de fer pour « *reconnaissance que il est à pooir d'autrui por dette* ». Le créancier devait lui donner du pain et de l'eau pour soutenir sa vie suffisamment, et des vêtements pour couvrir son corps. Toutefois la valeur des services du débiteur « *abattait de sa dette ce que il desservait de son labeur* ». Cette dernière disposition était déjà un tempérament; car l'esclavage n'était plus nécessairement viager, puisque par le prix de ses travaux le débiteur pouvait parvenir à l'acquittement

Digitized by Google

de sa dette. Toutefois cette règle ne formait pas le droit commun au XIe siècle; l'esclavage comme suite de l'insolvabilité se maintint encore longtemps.

1557. Avec l'adoucissement de la servitude personnelle en général, la rigueur de la servitude pour dettes devait également s'affaiblir. L'esclavage fit peu à peu place à l'*emprisonnement pour dettes*, appelé *contrainte par corps* dans les monuments judiciaires du temps de saint Louis.

De même que l'esclavage pour dettes avait anciennement deux causes, l'obnoxiation *volontaire* et celle résultant d'une *condamnation*, de même presque toutes les coutumes admettaient depuis cette époque deux causes de la contrainte par corps, une *convention* entre le débiteur et le créancier, et un *jugement*, qui pouvait toujours s'exécuter sur la *personne* du débiteur.

La contrainte par corps étant devenue un moyen de vexation par le fréquent abus que les juges en faisaient, saint Louis la défendit dans ses domaines par l'ordonnance de 1254, excepté pour dettes envers le fisc. Les débiteurs ne devaient plus payer par leur corps, mais seulement par leurs biens. Cette ordonnance ne s'applique pas à la contraite par corps *conventionnelle*, laquelle continuait d'être pratiquée comme auparavant.

Dans son ordonnance de Beziers de 1303, Philippe le Bel confirma les lois de saint Louis; il défendit de mettre garnison chez les débiteurs et de les arrêter pour dettes envers des particuliers, à moins qu'il n'y eût convention contraire avec le créancier; et encore dans ce dernier cas le débiteur qui pouvait donner caution ne pouvait être incarcéré; les dettes fiscales seules pouvaient entraîner l'emprisonnement.

1558. Ces ordonnances étaient loin d'atteindre leur but; leur efficacité fut paralysée par la contrainte par corps conventionnelle devenue de style dans tous les contrats; pour y être soumis, il suffisait de s'obliger avec la clause, *comme pour les deniers du roi*. « *Nullum sine corpore pignus* », disait-on. Ensuite, ici des usages invétérés, là des priviléges locaux, ailleurs les chartes communales ou les franchises des corporations, souvent aussi une longue possession ou des traditions puissantes créaient des obstacles à l'exécution de l'ordonnance de Philippe le Bel; de sorte que la contrainte par corps continuait d'être accordée de

Digitized by Google

plein droit. Ainsi, d'après plusieurs coutumes, les acheteurs de bétail, vins, blés et autres victuailles, les proxénètes, courtiers et autres commis aux marchandises étaient contraignables par corps; une ordonnance de Philippe VI de 1343 accordait le même droit aux pêcheurs contre les marchands de marée; dans quelques lieux, l'hôtelier pouvait arrêter la personne du voyageur qui logeait chez lui, et un usage général accordait ce moyen d'exécution contre l'acheteur de biens vendus à l'encan. De plus, la contrainte par corps était attachée comme un privilége à toutes les opérations *commerciales* qui se concluaient pendant les foires, et Philippe le Bel lui-même avait consacré ce privilége, qui fut considéré par le commerce comme une protection et un moyen de crédit. L'ordonnance de 1560 confirmant un usage déjà établi généralisa le privilége des foires en introduisant la contrainte par corps pour toutes les « *cédules reconnues entre marchands et pour cause de marchandise.* »

1559. L'ordonnance de Moulins de 1566, rendue sous le roi Charles IX par le chancelier de L'Hôpital, était une réaction contre la tendance des rois jusqu'alors peu favorables à l'emprisonnement pour dettes. Cette ordonnance statua, dans son article 48, que la contrainte par corps serait employée contre *tout* débiteur, *quelle que fût la cause de sa dette*, si elle n'était pas acquittée dans les quatre mois du jour de la condamnation signifiée à personne ou au domicile, et que le débiteur pourrait être retenu prisonnier jusqu'à la cession ou abandonnement de ses biens. Les troubles du XVIe siècle, et l'ébranlement des fortunes qui en était une suite, avaient jeté de l'incertitude sur toutes les transactions civiles et relâché le lien de tous les engagements. La procédure étant très défectueuse, le chancelier de L'Hôpital voulait mettre un frein aux subterfuges des débiteurs et à la multiplicité des instances qu'ils formaient pour se soustraire à l'exécution des jugements de condamnation.

1560. L'ordonnance de Moulins, après un siècle d'existence, fut abrogée par celle de 1667, devenue la source du code civil en cette matière. Cette ordonnance distingue entre les affaires civiles et les affaires de commerce. Elle maintient la contrainte par corps d'une manière absolue et sans tempérament pour faits de commerce et de lettres de change; mais, en matière civile, elle

Digitized by Google

la *défend en principe*, et ne l'admet qu'*exceptionnellement* pour quelques cas, par exemple pour stellionat, en matière de réintégrande, pour dépôt nécessaire, pour consignation faite par jugement ou entre les mains de personnes publiques; pour la représentation de biens par les commissaires, séquestres ou gardiens; contre les tuteurs et curateurs pour reliquat de leur compte; pour les dépens de l'instance, restitution des fruits et dommages-intérêts, s'ils s'élevaient au moins à 200 livres; pour dettes envers le fisc. La contrainte par corps ne pouvait plus être *stipulée* que dans les baux à ferme des terres et héritages ruraux.

Le débiteur avait deux moyens d'éviter la contrainte par corps, l'un définitif qui était la cession ou l'abandonnement de tous ses biens à son créancier; l'autre temporaire, c'étaient les lettres de répit accordées par le prince.

L'ordonnance de 1667 a régi cette matière jusqu'à la révolution française. Mentionnons encore une particularité qui a fait l'objet de deux dispositions législatives spéciales. Une déclaration du 29 janvier 1715 avait étendu la contrainte par corps au payement des mois de nourrice; un décret spécial de l'assemblée législative du 25 août 1792, rendu d'urgence, abolit la contrainte pour cette espèce de dettes.

1561. Sauf la particularité qui précède, les deux premières assemblées de France ne s'étaient pas occupées de cette matière. La Convention nationale, par décret du 9 mars 1793, abolit la contrainte par corps pour dettes, par le motif qu'elle était contraire à la saine morale, aux droits de l'homme et aux vrais principes de la liberté; en même temps elle ordonna l'élargissemeut de tous les prisonniers détenus pour dettes. Mais déjà le 30 mars suivant, elle fit une exception à cette règle en soumettant à l'emprisonnement pour l'exécution de leurs engagements les comptables de l'État, les fournisseurs qui avaient reçu des avances du trésor public et ses autres débiteurs directs.

Après une discussion longue et très animée au conseil des Anciens, le rétablissement de la contrainte par corps fut décrété en principe le 24 ventôse an v. « Considérant, dit le motif de cette loi, qu'il importe de rendre aux obligations entre citoyens la sûreté et la solidité qui seules peuvent donner au commerce

Digitized by Google

de la république la splendeur et la supériorité qu'il doit avoir. » Le décret du 9 mars 1793 fut rapporté, et les lois sur cette matière, qui avaient été antérieurement en vigueur, furent rétablies.

La loi du 15 germinal an VI organisa le système de l'emprisonnement pour dettes. Cette loi était divisée en trois titres; le premier traitait de la contrainte par corps en matière *civile*, le second de la contrainte par corps en matière de *commerce*, et le troisième du *mode d'exécution* des jugements emportant contrainte par corps.

1562. Le titre XVI du code civil, art. 2059-2070, ayant réglé de nouveau l'emprisonnement pour dettes en matière *civile*, le premier titre de la loi du 15 germinal an VI était abrogé par cela même, en vertu de l'article 6 de la loi du 30 ventôse an XII. Les articles 780-805 du code de procédure, statuant sur l'*exécution des jugements* emportant contrainte par corps, entraînaient de droit l'abrogation du troisième titre de la loi du 15 germinal, de sorte que le deuxième titre, sur l'emprisonnement pour dettes commerciales, resta seul en vigueur.

En matière civile, la contrainte par corps n'était pas uniquement réglée par le code civil; le code de procédure l'a complété en autorisant l'emprisonnement pour plusieurs cas qui n'avaient pas encore été prévus.

II. DE LA LÉGISLATION SUR LA CONTRAINTE PAR CORPS EN FRANCE DEPUIS LE CODE CIVIL.

1563. Lorsque, après la chute du premier empire, la liberté de la presse et la monarchie constitutionnelle avaient été rétablies en France, la législation sur la contrainte par corps fut vivement attaquée dans la presse et à la tribune. En 1815, M. Hyde de Neuville fit, à la chambre des députés, une proposition à l'effet d'introduire de grandes modifications dans les lois sur cette matière; sa proposition y fut accueillie, mais elle fut rejetée par la chambre des pairs. En 1817, le ministre de l'intérieur, Lainé, proposa un projet de loi ayant pour but d'abréger la durée de la contrainte par corps et de remédier à l'insuffisance des aliments. Ce projet n'eut pas de suite. Un autre projet adopté en 1819 par

Digitized by Google

la chambre des députés fut encore repoussé par les pairs. En 1828, M. Jacquinot-Pampelune fit une nouvelle proposition qui fut admise par la chambre des députés et portée à la chambre des pairs. Le ministère, qui avait l'intention de soutenir ce projet, fut renversé. Sous ses successeurs, la révolution de 1830 éclata.

En 1831, le garde des sceaux, M. Barthe, proposa à la chambre des pairs un projet de loi, qui fut adopté sur le rapport de M. Portalis, bientôt après approuvé par la chambre des députés sur le rapport de M. Parant, et sanctionné comme loi le 17 avril 1832, sous le titre de : *Loi sur la contrainte par corps*. Cette loi, divisée en six titres et 46 articles, contient des dispositions sur la contrainte par corps en matière civile et de commerce, et en matière criminelle, correctionnelle et de police, ainsi que des règles concernant la contrainte par corps contre les étrangers. Elle décide plusieurs questions, jusqu'alors controversées, relatives aux actes commerciaux entraînant la contrainte par corps, et limite en toutes matières la *durée* de la contrainte par corps, illimitée jusqu'alors. En outre elle introduit deux exemptions en faveur de l'âge et du sexe, en faisant participer les étrangers à ces adoucissements. (Dalloz, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, nos 27 et 28.)

1564. Le 9 mars 1848, quelques jours après que la révolution eut éclaté, le gouvernement provisoire de la République rendit un décret portant que « dans tous les cas où la loi autorise la contrainte par corps comme moyen pour le créancier d'obtenir le payement d'une dette pécuniaire, cette mesure cessera d'être appliquée jusqu'à ce que l'Assemblée nationale ait définitivement statué sur la contrainte par corps. »

L'Assemblée constituante ne ratifia pas le décret du gouvernement provisoire. Par sa loi des 13-16 décembre 1848, elle déclara que le décret du 9 mars cessera d'avoir son effet, et remit en vigueur la législation antérieure sur la contrainte par corps, avec plusieurs modifications, qui étaient de nouveaux adoucissements. Ainsi, par exemple, il fut défendu de stipuler dans un acte de bail la contrainte par corps pour le payement des fermages des biens ruraux (code civil, art. 2062) ; la durée de la contrainte fut encore abrégée et mise en rapport avec le chiffre de la dette.

Digitized by Google

1565. Par la loi du 22 juillet 1867, la contrainte par corps a été supprimée en matière commerciale, civile et contre les étrangers (art. 1er); elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de police (art. 2e). Voici le résumé des dispositions de cette loi :

1° Causes pour lesquelles la contrainte par corps peut avoir lieu. Elle peut être prononcée :

A. Au profit de l'*État* pour les amendes, restitutions et dommages-intérêts, et, d'après la loi du 19 décembre 1871, également pour les *frais* dus à l'État en vertu de condamnations en matière criminelle, correctionnelle et de police (art. 3);

B. Au profit des *particuliers* pour réparations de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, soit que les condamnations aient été prononcées par les tribunaux civils ou par la juridiction criminelle (art. 4, 5).

2° Faut-il que la contrainte par corps ait été *prononcée* par le jugement de condamnation, ou bien la condamnation l'entraîne-t-elle de plein droit? Le texte de la loi fournit des arguments pour l'une comme pour l'autre opinion. Mais, aux termes des articles 3 et 4, la contrainte par corps doit être considérée comme un moyen d'exécution des jugements qui a lieu de droit, sans une autorisation spéciale. (Voy., en ce sens, Riom, 13 nov. 1867, D. 1867, 2, 233.)

1566. 3° Durée de la contrainte par corps. Le *minimum* de la contrainte par corps est de deux jours, le *maximum* de deux ans. La loi en fixe la durée suivant le montant de la somme qui fait l'objet de la condamnation. Ainsi :

Elle est de 2 jours à 20 jours lorsque les condamnations n'excèdent pas 50 francs;

De 20 à 40 jours lorsque la somme est supérieure à 50 et inférieure à 100 francs;

De 40 à 60 jours lorsque la somme est entre 100 et 200 francs;

De 2 mois à 4 mois si la somme est entre 200 et 500 francs;

De 4 mois à 8 mois si la somme est entre 500 et 2,000 francs;

D'un an à deux ans lorsque la somme s'élève à plus de 2,000 francs.

Toutefois, en matière de simple police, la durée de la contrainte par corps ne pourra excéder 5 jours (art. 9).

Digitized by Google

Les condamnés qui justifient de leur insolvabilité conformément à l'article 420 du code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la loi du 28 juin 1877, sont mis en liberté après avoir subi la contrainte pendant la moitié de la durée fixée par le jugement (art. 10).

La durée de la contrainte par corps doit être déterminée par l'ensemble des condamnations à l'amende, aux dommages-intérêts et aux frais. (Angers, 16 mars 1868, D. 1868, 2, 160; Paris, 15 mai 1868, D. 1868, 2, 233.)

L'omission de la fixation de la durée de la contrainte par corps ne donne pas ouverture à cassation et n'entraîne pas la nullité du jugement; elle peut être réparée par une décision ultérieure. (Cass. fr., 31 mai 1872, D. 1873, 5, 68, et 31 janv. 1873, D. 1873, 1, 44; Bastia, 28 fév. 1873, D. 1874, 2, 94. En sens *contraire*, pour la nullité, Cass. franç. 26 mars 1868, D. 1868, 5, 104.)

Les individus qui ont obtenu leur élargissement ne peuvent plus être détenus ou arrêtés pour condamnations pécuniaires antérieures, à moins que ces condamnations n'entraînent, par leur quotité, une contrainte plus longue que celle qu'ils ont subie et qui, dans ce dernier cas, leur est toujours comptée pour la durée de la nouvelle incarcération (art. 12).

A la différence de la loi belge, la loi française ne fixe pas un minimum que le montant de la dette doit atteindre, pour que la contrainte par corps puisse être appliquée.

1567. 4. Des aliments. Les articles 6-8 règlent l'obligation de fournir des aliments aux détenus lorsque la contrainte a lieu dans l'intérêt des particuliers. Ce point concerne la procédure.

5. De l'âge. La contrainte par corps ne peut être exercée contre les individus âgés de moins de seize ans accomplis à l'époque des faits qui ont motivé la poursuite (art. 13).

En cas de délit de chasse commis par un mineur de seize ans, la contrainte pour le payement des amendes et des frais ne peut être prononcée ni contre le délinquant ni contre son père, civilement responsable du délit; l'arrêt qui la prononce, sans exprimer si c'est contre le père ou contre le fils, encourt la cassation. (Cass. fr., 9 avril 1875, D. 1877, 1, 508.) Si le débiteur a commencé sa soixantième année, la contrainte

Digitized by Google

est fixée à la moitié de la durée prescrite par le jugement, et sans préjudice des dispositions de l'article 10, concernant la preuve de son insolvabilité. (Voy. *suprà* n° 3.)

6. Du sursis. Les tribunaux peuvent, dans l'intérêt des enfants mineurs du débiteur et par le jugement de condamnation, surseoir, pendant une année au plus, à l'exécution de la contrainte par corps (art. 17).

7. Limites de l'exercice de la contrainte par corps. Elle ne peut être exercée simultanément contre le mari et la femme, même pour des dettes différentes (art. 16).

8. Des personnes contre lesquelles la contrainte ne peut avoir lieu. Elle ne peut être prononcée contre le débiteur au profit : 1° de son conjoint; 2° de ses ascendants, descendants (voy. code civil, art. 371, t. I, n° 663), frères ou sœurs; 3° de son oncle ou de sa tante, de son grand-oncle ou de sa grand'tante, de son neveu ou de sa nièce, de son petit-neveu ou de sa petite-nièce, ni de ses alliés au même degré (art. 15).

9. De la caution. Les individus contre lesquels la contrainte a été prononcée peuvent en prévenir ou en faire cesser l'effeten fournissant une caution reconnue bonne et valable. En cas de contestation, le tribunal civil de l'arrondissement décide de la bonté et de la validité de la caution (art. 11).

10. Rétroactivité. Les dispositions de la loi du 22 juillet 1867 sont applicables à tous jugements et cas de contrainte antérieurs à sa promulgation.

III. DE LA LÉGISLATION BELGE DEPUIS LE CODE CIVIL.

1568. En Belgique, déjà en 1844, une commission avait été chargée d'élaborer un projet de loi *générale* sur cette matière ; ce projet fut publié en 1846 et envoyé à l'avis des cours et tribunaux; mais il n'eut pas de suite. En 1856, une nouvelle commission fut nommée pour revoir les travaux antérieurs ; son projet fut la base de la loi votée par la chambre des représentants le 25 novembre 1858, adoptée et amendée par le sénat le 24 février 1859 et promulguée le 21 mars de la même année.

Cette loi réunit toutes les dispositions relatives à la matière. Elle est divisée en sept titres et 48 articles. Le premier titre

Digitized by Google

(art. 1-2) traite de la contrainte par corps en matière de *commerce;* le deuxième (art. 3-5) de la contrainte par corps en matière *civile;* le troisième (art. 6-9) de la contrainte par corps en matière de *deniers et effets publics;* le quatrième (art. 10-16) de la contrainte par corps contre les étrangers; le cinquième (art. 17-40) contient des *dispositions communes* aux titres précédents; le sixième (art. 41-42) traite de la contrainte par corps en matière *répressive* et des peines subsidiaires pour le cas de non-payement des amendes; le septième (art. 43-47) contient des dispositions *transitoires.* Enfin, l'article 48 abroge les lois du 15 germinal an VI, du 10 septembre 1807, les règles du code civil, du code de procédure et du code de commerce relatives à cette matière, de même que les dispositions concernant la contrainte par corps contre les débiteurs de l'État, des communes et des établissements publics, et celles relatives à l'exécution par corps des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais de justice en matière répressive; mais il maintient les règles concernant la procédure en matière d'emprisonnement et la consignation d'aliments pour la nourriture des débiteurs de l'État détenus en prison, celles relatives à la contrainte contre les témoins défaillants, celles des articles 51 et 153 du code forestier et celles qui régissent le bénéfice de cession.

La loi du 21 mars 1859 contient elle-même beaucoup de dispositions concernant l'exécution des jugements emportant contrainte par corps et les moyens de se pourvoir contre ces jugements.

1569. La loi du 27 juillet 1871, la plus récente qui ait été rendue sur cette matière, a abrogé en partie la loi du 21 mars 1859, et ses nouvelles dispositions diffèrent en beaucoup de points de la loi antérieure.

L'article 1er de cette loi proclame en principe que « la contrainte par corps est supprimée, sauf les modifications qui suivent » :

Les articles 2 et 3 énoncent le principe des modifications en ces termes :

« Art. 2. Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de police, pour l'exécution des condamnations aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais.

Digitized by Google

« Art. 3. Elle peut être prononcée en toute autre matière pour les restitutions, dommages-intérêts et frais lorsqu'ils sont le résultat d'un fait prévu par la loi pénale ou d'un acte illicite, commis méchamment ou de mauvaise foi. » (Brux. 2 nov. 1876, P. 1877, 16.)

L'article 7 maintient les dispositions de l'article 47 du code pénal et des articles 17 à 20, 21, § 1er, 2, 4, des articles 22 à 24, 26, 28 à 34, 36 et 39 de la loi du 21 mars 1859, celles qui concernent la procédure en matière d'emprisonnement pour dettes et la consignation d'aliments pour la nourriture des débiteurs de l'État détenus en prison, ainsi que les dispositions relatives à la contrainte par corps contre les témoins défaillants.

Il abroge les autres articles de la loi du 21 mars 1859 et toutes les dispositions contraires à la présente loi.

1570. Voici les règles qui résultent de la combinaison de la loi du 27 juillet 1871, avec les articles non abrogés de la loi du 21 mars 1859.

1. Les engagements d'une personne s'exécutent sur tous ses biens; mais, en règle, les dettes civiles ne s'exécutent pas sur la *personne* du débiteur; la loi préfère la liberté d'un citoyen à la fortune d'un autre. En matière civile, la contrainte par corps est une *exception*. Cette exception est fondée sur la cause de la dette, lorsque la mauvaise foi, le dol ou la faute grave du débiteur le rendent indigne de la faveur de la loi.

1571. 2. La contrainte par corps est *obligatoire* ou *facultative*, c'est-à-dire, dans certains cas, le juge *doit* la prononcer, dans d'autres, il a le pouvoir *discrétionnaire* de la prononcer ou de ne pas la prononcer (loi de 1871, art. 2 et 3).

Elle est *obligatoire* dans les cas prévus par l'article 2 de la loi de 1871, c'est-à-dire en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. (Voy. n° 1570, Cass. belge, 15 sept. 1871, P. 1871, 313; Brux. 15 janv. 1876, P. 1876, 127.)

Elle ne peut plus être *stipulée*, et, comme corollaire de cette prohibition, la loi déclare sans effet quant à la contrainte par corps tout acquiescement du débiteur à un jugement attaquable par la voie de l'appel ou de l'opposition (loi de 1859, art. 17 et 23).

Il résulte de cette dernière disposition que la contrainte par

Digitized by Google

corps n'a plus lieu contre la caution judiciaire, et qu'elle ne peut plus être stipulée pour dettes de fermages, comme sous le code civil (art. 2062).

1572. 3. Les tribunaux ne peuvent prononcer des condamnations par corps hors les cas déterminés par la loi, et la contrainte par corps ne peut jamais être appliquée qu'en vertu d'un jugement qui l'a prononcée d'une manière formelle. Elle peut aussi être prononcée par jugement arbitral (loi de 1859, articles 18, 19).

1573. 4. La contrainte par corps ne peut être prononcée que lorsque la dette, y compris les intérêts et accessoires, excède la somme de 300 francs, pas même en matière criminelle (loi de 1871, art. 4). (Cass. 12 juin 1876, P. 1876, 312, et 7 sept. 1877, P. 1877, 394.) Toutes les fois que la loi autorise cette mesure pour l'exécution d'une *obligation de faire* ou de *délivrer au créancier un corps certain,* elle sera exercée jusqu'à concurrence de la somme que le contraignable a été condamné à payer soit une fois, soit pour chaque jour de retard (loi de 1859, art. 20).

1574. 5. Il y a des personnes *entre* lesquelles la contrainte par corps ne peut avoir lieu, savoir :

A. Entre époux, même séparés de corps ou divorcés ;

B. Entre ascendants et descendants, frères et sœurs, oncles, tantes, grands-oncles, grand'tantes et neveux, nièces, petits-neveux, petites-nièces (unis par les liens de la parenté légitime, naturelle ou adoptive), ni enfin entre alliés au même degré. En cas d'alliance postérieure au jugement, le débiteur ne peut être arrêté ; s'il est détenu, il doit obtenir son élargissement (loi de 1859, art. 24). Cette disposition, maintenue dans la loi française de 1867, art. 15, se trouvait déjà dans les lois françaises du 17 avril 1832, art. 19, et du 12 décembre 1848, art. 10, et comblait ainsi une lacune laissée par le code et par la loi du 15 germinal an VI. Des raisons de convenance et d'humanité devaient défendre la contrainte par corps entre époux et entre proches parents ou alliés. Le cessionnaire non parent ou allié des droits du créancier ne peut pas l'exercer non plus.

1575. 6. Il y a des personnes *contre* lesquelles la loi défend d'une manière absolue de prononcer la contrainte par corps, ce sont :

Digitized by Google

A. Les personnes civilement responsables du fait;

B. Les femmes, pas même en matière criminelle (Cass. belge, 5 sept. 1873, P. 1873, 330, et 12 juin 1876, D., 1876, 312);

C. Les mineurs;

D. Les débiteurs qui ont atteint, c'est-à-dire commencé, leur soixante et dixième année. Si le débiteur était détenu avant cet âge, la contrainte par corps doit cesser de plein droit le jour où il a atteint sa soixante et dixième année;

E. Les héritiers du débiteur contraignable par corps. Cette disposition était admise déjà par l'article 2 de la loi française du 17 avril 1832 (loi de 1871, art. 6 et 7).

1576. 7. La durée de la contrainte par corps est déterminée par le jugement ou l'arrêt, d'après la gravité de la faute commise et l'étendue du dommage à réparer. L'emprisonnement pour dettes ne peut, dans aucun cas, durer plus d'une année; après l'expiration de ce terme, il cesse de plein droit (loi de 1871, art. 5). Cette disposition comble une lacune du code civil, qui avait omis de fixer la durée de la contrainte par corps en matière civile. Mais le détenu n'est pas en droit de demander sa mise en liberté, s'il a été recommandé en vertu d'un autre jugement de condamnation par corps, rendu à sa charge au profit d'un autre créancier avant son incarcération. (Brux., 10 mars 1873, P. 1873, 109.)

1577. Après trois mois de détention, le débiteur doit obtenir son élargissement en payant ou en consignant le tiers du principal de la dette et des accessoires, et en fournissant caution pour le surplus. La caution doit s'obliger, solidairement avec le débiteur, à payer, au plus tard dans l'année, les deux tiers qui resteront dus. Si, à l'expiration de l'année, le créancier n'est pas intégralement payé, il peut de nouveau exercer la contrainte par corps contre le débiteur, sans préjudice de ses droits contre la caution (loi de 1859, art. 34). La contrainte par corps est une épreuve de la solvabilité, mais cette épreuve doit avoir son terme; si le débiteur établit l'impossibilité de payer, il serait inutile de la continuer. Après une année de détention, cette présomption existe de droit.

C'est pour ces motifs que l'article 38 de la loi de 1859 porte que, dans les cas qui viennent d'être mentionnés, le débiteur ne peut

Digitized by Google

plus être détenu ou arrêté pour dettes contractées antérieurement à son arrestation et échues trois mois avant son élargissement. Lorsque l'insolvabilité du débiteur a été prouvée ou présumée par la loi, il est rationnel qu'il ne puisse plus être soumis à cette épreuve.

Si, après trois mois de détention, le débiteur demande son élargissement, quelle que soit la juridiction qui a prononcé la contrainte, le tribunal compétent sera le tribunal de première instance ou le tribunal de commerce, suivant la nature de la dette. La cause sera portée devant le tribunal du domicile du débiteur, et, si celui-ci n'a pas de domicile en Belgique, devant le tribunal du lieu où il se trouve détenu (loi de 1859, art. 36).

1578. 8. Tous jugements statuant sur la contrainte par corps seront rendus en premier ressort quant à la disposition relative à ce mode d'exécution. (Brux., 14 mars 1871, P. 1872, 285.) L'appel sera toujours suspensif en ce qui concerne la contrainte par corps, à moins que le jugement n'ait ordonné l'exécution provisoire. — Le débiteur pourra même appeler dans les trois jours de son incarcération; il restera en état (loi de 1859, art. 22).

9. En prononçant la contrainte par corps, les juges pourront, lorsque cette voie d'exécution est facultative, ordonner même d'office qu'il sera sursis à l'exécution de cette partie du jugement..

Le jugement énoncera les motifs du sursis et en fixera la durée.

Le sursis sera regardé comme non avenu s'il existe déjà une autre condamnation par corps, ou si une nouvelle condamnation par corps est prononcée contre le même débiteur au profit d'un autre créancier (loi de 1859, art. 21, §§ 1er, 2 et 4).

1579. 10. L'article 8 de la loi de 1871 en ordonne la rétroactivité en prescrivant qu'« en dehors des exceptions qu'elle prevoit, les jugements rendus ne seront plus exécutés en ce qui concerne la contrainte par corps, et que toute exécution déjà pratiquée sera abandonnée et la liberté rendue immédiatement aux débiteurs incarcérés ».

Digitized by Google

TITRE XVII.

DU NANTISSEMENT. (Art. 2071-2091.)

NOTIONS GÉNÉRALES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1580. Le gage, en sens *général*, est un droit en vertu duquel une personne peut poursuivre sur le bien d'autrui le payement de sa créance. C'est en ce sens que l'art. 2093 du code civil (loi hypothécaire **belge**, art. 8) dit que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

En sens *spécial*, le gage implique, outre le droit de se faire payer, l'idée de *sûretés spéciales* accordées à un ou plusieurs créanciers d'un débiteur commun, à l'exclusion des autres créanciers. Les différentes espèces de gages, en ce sens, sont le *gage* proprement dit (art. 2075-2084), l'*antichrèse* (art. 2085-2091), tout droit de *rétention* (par exemple, art. 1948), les *priviléges* et les *hypothèques*.

1581. Le caractère commun de ces différentes espèces de gages est de donner aux créanciers le droit de poursuivre de préférence l'exécution d'une obligation sur les choses sur lesquelles le gage est établi. Mais ces diverses espèces de gages ne s'établissent pas de la même manière et n'ont pas les mêmes effets. Dans ce titre, le code ne traite que du gage proprement dit et de l'antichrèse.

1582. Ce gage s'établit par le contrat de nantissement régulièrement formé. Le nantissement est un contrat réel unilatéral, par lequel le débiteur ou un tiers (art. 2077) remet au créancier une chose mobilière ou immobilière pour sûreté de sa dette (art. 2071, 2072). Le mot *gage* signifie tantôt le *contrat de nantissement* d'un meuble, tantôt la *chose même* donnée en gage.

1583. Il faut envisager le contrat de nantissement sous deux points de vue :

1° Comme contrat entre celui qui remet le gage et le créancier qui le reçoit. Ce contrat, de même que le prêt et le dépôt, est un contrat réel, c'est-à-dire il n'est parfait que par la remise de la

Digitized by Google

chose engagée. (Cass. belge, 1er juin 1878, P., 1878, 279.) Le créancier *seul* contracte principalement une obligation, celle de garder et de rendre le gage après payement de la dette. Celui qui a donné le gage peut devenir accidentellement obligé (voy. *infrà*, n° 1599);

2° Comme constituant un droit de préférence au profit du créancier qui reçoit le gage. Sous ce rapport, il faut examiner les effets du nantissement à l'égard des tiers.

1584. Les dispositions du code contenues dans le premier chapitre du présent titre (art. 2073-2083) ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent (art. 2084). (Voy., sur les monts-de-piété, la loi belge du 30 avril 1848.)

1585. L'histoire du droit romain concernant le gage et l'hypothèque a été traitée par M. Maynz. (*Cours de droit romain*, 4e éd., §§ 153 et 154.)

Le contrat de gage (*gagium*, *wadium*) était usité chez les anciennes populations germaniques et au moyen âge. Les lois barbares, surtout celles des Visigoths, renferment plusieurs dispositions qui le concernent. Le débiteur remettait au créancier une chose mobilière ou immobilière pour sûreté de son droit. Si le gage était un immeuble, la mise en possession se faisait, d'après beaucoup de coutumes, avec les formalités appelées *dessaisine* et *saisine*, ou *devest* et *vest;* elle n'attribuait pas au créancier la propriété de la chose, mais seulement le droit d'en maintenir la possession jusqu'au payement de la dette, et d'en provoquer la vente en justice, si le débiteur ne payait pas.

On distinguait deux espèces de gages : le *vif-gage* et le *mort-gage*. On disait : *Vif-gage est qui s'acquitte de ses issues; mort-gage qui de rien ne s'acquitte*; c'est-à-dire le *vif-gage* est celui qui s'acquitte lui-même, et dont le créancier prend les fruits en payement de sa dette; le *mort-gage* est celui qui ne s'acquitte pas lui-même, ou dont les fruits appartiennent au créancier, en pure perte pour le débiteur. (Loysel, *Institutes coutumières*, nos 483, 484.) Le mort-gage, c'était l'*antichrèse*, appelé aussi contrat d'*engagement*, par lequel on remettait au créancier la possession d'un immeuble pour sûreté de sa créance, avec la faculté d'en

Digitized by Google

percevoir les fruits à son profit. Ce contrat, très usité au moyen âge, ayant été défendu par les lois canoniques comme usuraire, sauf dans quelques cas exceptionnels, on se servait d'une autre forme pour arriver au même résultat; le débiteur vendait son immeuble au créancier, avec faculté de rachat ou de réméré. Ce contrat était aussi appelé *Contrat pignoratif*. Plus tard l'antichrèse fut remplacée par l'usage des *hypothèques*, et le gage mobilier fut régi par les principes du droit romain sur le *pignus*.

Les dispositions du code ont été puisées principalement dans le traité de Pothier *du Nantissement et de l'Antichrèse*.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE. (Art. 2073-2084.)

1. DÉFINITION ET CONDITIONS REQUISES.

1586. Le contrat de gage, ou le gage, est une convention par laquelle le débiteur ou un tiers remet au créancier une chose mobilière, corporelle ou incorporelle, dans le but de donner à ce dernier une sûreté pour l'exécution d'une obligation. C'est un contrat réel, qui se parfait par la remise de la chose. Ce contrat est unilatéral; il fait naître une obligation *principale* seulement pour le créancier qui est nanti du gage. (Voy. *suprà*, n° 1583.)

1587. Pour faire naître entre le créancier et le débiteur les obligations qui résultent de ce contrat, il suffit qu'une *chose ait été remise* au premier dans l'*intention* de constituer un gage. Aucune formalité n'est requise pour la validité de ce contrat entre les parties. Il peut exister et produire des obligations personnelles entre les parties, alors même qu'il n'aurait pas pour effet de constituer, au profit du créancier, le droit de se faire payer sur la chose même. Par cela seul que le créancier reçoit la chose, il contracte l'obligation de veiller à sa conservation et de la rendre éventuellement (art. 2080). Cette obligation, le créancier la contracte même dans le cas où il a reçu, à titre de gage,

Digitized by Google

une chose d'autrui, sur laquelle il ne peut pas acquérir le droit de se faire payer.

Le gage, étant une convention accessoire, suppose nécessairement l'existence d'une *dette*, pour sûreté de laquelle il a été donné. Le gage n'a donc pas d'existence légale, s'il n'y a pas de dette. Néanmoins, la seule remise d'une chose à titre de gage, quand même il n'y aurait pas de dette, produit entre celui qui reçoit la chose et celui qui la donne les obligations personnelles résultant de ce contrat.

1588. Pour que le créancier acquière sur la chose un droit de gage, c'est-à-dire le droit de se faire payer sur cette chose, il faut qu'il y ait : 1° une dette valable; 2° une chose susceptible d'être donnée en gage.

1589. Pour pouvoir donner une chose en gage, il faut en être propriétaire et avoir la capacité d'en disposer. (Cass. fr., 17 décembre 1873, D., 1874, 1, 145.) Cependant, le créancier qui a reçu de bonne foi, à titre de gage, une chose dont celui qui l'a remise n'était pas propriétaire, peut en refuser la restitution au véritable propriétaire, excepté dans le cas de vol ou de perte (arg. art. 2279, 1141). (Paris, 23 mai 1873, D., 1875, 1, 67 sous cass. fr., 15 avril 1874; Bordeaux, 26 mai 1873, D., 1876, 2, 23.)

1590. Entre les parties, le gage se contracte par la seule remise de la chose. (Bruxelles, 25 mars 1861, et cass., 28 mai 1861; B. J., t. 19, 637, 860; P., 1861, 317, et 29 juillet 1872, P., 1873, 18; Guadeloupe, 1er juillet 1872, D., 1874, 2, 95. Laurent, t. XXVIII, n° 447.) Mais, pour que le créancier acquière un droit de *préférence* sur les autres créanciers, il faut la réunion des conditions suivantes :

1° En *matière excédant* la valeur de 150 francs, le gage doit être constaté par acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré (art. 2074). La *matière* excède la valeur de 150 francs lorsque la *somme due* dépasse ce chiffre ET que la chose engagée dépasse la valeur de 150 francs. (Duranton, n° 511.) Si l'une ou l'autre est inférieure à ce chiffre, il n'est pas nécessaire que l'acte soit fait par écrit. Car la somme pour laquelle il y a conflit d'intérêt entre le créancier nanti et les autres créanciers; est, en tous cas, *inférieure* à 150 francs lorsque soit la valeur de l'objet mis

Digitized by Google

en gage, soit la créance ne s'élève pas à ce chiffre. (Zachariæ, § 433, note 1.)

Mais l'enregistrement n'est pas une formalité substantielle, requise pour que le gage ait de l'effet à l'égard des tiers. Il a pour but de donner date certaine au contrat et de prévenir la fraude entre le détenteur et le propriétaire du gage. La date certaine peut donc aussi être établie par une des autres causes énumérées dans l'article 1328. (T. III, n° 334; Troplong, n° 196-199; Cass. B., 29 mai 1868, 2 arrêts, B. J., t. 26, 760, et le réquisitoire de M. l'avocat général Faider.) Duranton, n° 514, et Laurent, t. XXVIII, n° 451, sont d'une opinion contraire, mais à tort. Car la disposition de l'article 2074 est conforme à celle des articles 8 et 9 du titre VI de l'ordonnance de 1673, qui n'avait jamais été expliquée et exécutée que dans l'intérêt des tiers, et pour assurer la date du nantissement, en cas de faillite du débiteur. (Gary, dans le rapport au Tribunat, n° 7, Locré, XVI, 38.) Il faut admettre, par le même motif, que la preuve du gage peut se faire par témoins ou par présomptions lorsque le titre constitutif est perdu, ou lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit ayant date certaine (art. 1347, 1348, 4°, t. III, n° 390-394). Pour avoir effet entre les parties, l'acte sous seing privé constatant le gage ne doit pas nécessairement être fait en double, Car ce n'est pas un contrat synallagmatique; le créancier seul est obligé à la restitution envers le débiteur; il suffit donc d'un écrit unilatéral entre les mains du débiteur pour prouver la remise. Mais, pour pouvoir établir son droit de préférence à l'égard des tiers, le créancier doit avoir un acte écrit, à moins que la chose ne soit inférieure à 150 francs, ou qu'il ne se trouve dans un des cas d'exception qui viennent d'être mentionnés.

C'est par application de ce principe et de la loi **belge** du 11 février 1816 (art. 24) que l'arrêt précité de la cour de cassation du 29 mai 1868 a décidé que l'acte de gage régulier, donné pour sûreté d'un prêt à six mois, est valable, quoique par une contre-lettre le créancier ait accordé à son débiteur un terme plus long, ou que les parties aient de commun accord plusieurs fois prorogé l'échéance de l'obligation, sans soumettre ces prorogations successives à la formalité de l'enregistrement; que ces changements d'échéance n'opèrent pas novation, et que le

Digitized by Google

nantissement reste valable en cas de faillite du débiteur.

1591. 2° L'acte doit contenir la déclaration du montant de la créance pour laquelle le gage est constitué; mais il n'est pas nécessaire qu'il indique la cause ni l'époque de l'exigibilité de cette créance, ni la nature et la date de l'acte qui la constate (arg. art. 2148, n° 4, et loi hypothécaire **belge,** art. 83, 4°). Toutefois, le gage donné pour garantir la gestion du mandataire ne doit pas nécessairement exprimer une somme déterminée. (Cass. B., 29 mai 1868, B. J., t. 26, 760 et le réquisitoire de M. Faider, avocat général.) Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, il suffit de spécifier la chose due, c'est à dire l'obligation pour laquelle le gage est donné. (Même arrêt, faillite de Villegas c. Daele.)

1592. 3° L'acte doit contenir l'indication de l'espèce et de la nature des choses remises en gage; ou bien, il faut qu'il y soit annexé un état de leurs qualité, poids et mesure (art. 2074). Cette disposition est énonciative, en ce qu'elle prescrit d'indiquer la qualité, le poids et la mesure de ces choses. Il faut une désignation qui permette de distinguer suffisamment l'*individualité* des choses données en gage, pour que l'on ne puisse pas en substituer d'autres à leur place. Si quelques objets sont suffisamment désignés et que d'autres ne le soient pas, le gage est nul quant à ces derniers. (Bruxelles, 23 mai 1873, P., 1874, 18.)

L'*état annexé,* dans lequel la loi permet de désigner les choses, doit faire un ensemble inséparable avec l'acte constitutif du gage, ou bien il doit en être spécialement fait mention dans ce dernier. L'acte annexé doit aussi avoir date certaine; autrement il serait trop facile d'y substituer un autre état annexé. (Ordonnance de 1673, art. 9. Pothier, *Nantissement,* n° 17.) La part d'un associé dans une société peut être valablement donnée en gage. (Bruxelles, 20 décembre 1874, P., 1875, 72.)

1593. 4° Il faut remise de la chose au créancier, c'est-à-dire le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du *créancier* ou d'un *tiers convenu* entre les parties (art. 2076). Autrement, le gage n'aurait pas de base solide; si le créancier, ou un tiers pour lui, n'en avait la possession, le débiteur serait maître de le lui soustraire quand il voudrait, le gage n'ayant pas de suite sur les meubles. (Voy. Bruxelles, 4 avril 1868, B. J., 26, 987.) Il suffit que le

Digitized by Google

créancier ait été nanti du gage avant toute saisie de la part des tiers.

Sur la manière dont se fait la mise en possession, voy. les articles 1606, 1607, 1689 et t. III, nos 974-978, et Bordeaux, 26 mai 1873, D., 1876, 2, 23; Cass. fr., 19 mars et 14 août 1878, D., 1879, 1, 65 et 57; Liége, 26 juin 1878, P., 1878, 363.

Si le créancier gagiste a perdu la possession de son gage, par exemple, s'il a remis à son débiteur le connaissement relatif à des marchandises qui sont à bord d'un navire en cours de voyage, son privilége est éteint. (Bruxelles, 6 décembre 1877, P., 1878, 36.)

1594. 5° Si une chose incorporelle, par exemple une créance, a été donnée en gage, le privilége du créancier gagiste ne s'établit que par acte public, ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075). Car ce n'est que par la signification du titre de la cession faite au débiteur que le cessionnaire est saisi de la créance à l'égard des tiers (art. 1690, alin. 1, et t. III, n° 1088). (Bruxelles, 3 février 1873, P., 1873, 117.) La signification au débiteur peut être valablement remplacée par l'acceptation ou la reconnaissance du gage faite dans un acte authentique (arg. art. 1690, alin. 2. *Contrà*, Cass. fr., 11 août 1869, D., 1870, 1, 81, et Laurent, t. XXVIII, n° 464). Si la créance donnée en gage est constatée par un titre écrit, il faut que ce titre soit remis au créancier. (Liége, 31 décembre 1859, B. J., t. 18, 791, P., 1860, 133.) Le droit au bail étant un meuble incorporel peut être donnée en nantissement. Le nantissement doit être signifié au propriétaire et le bail doit être remis au créancier. (Paris, 11 avril et 31 mai 1866, D., 1867, 2, 10.)

Si la créance donnée en gage est hypothécaire ou privilégiée sur un immeuble, il faut, en **Belgique**, se conformer à l'article 5 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, pour que le créancier puisse l'opposer au tiers.

La disposition de l'article 2075 s'applique aussi au gage commercial établi sur une créance. (Cass. B., 28 janvier 1859, B. J., t. 17, 198; P., 1860, 359). Mais cet article ne s'applique pas au nantissement constitué sur *des titres au porteur*, lesquels sont des meubles *corporels*. Le créancier en est saisi par la *seule remise*, et le gage se constitue conformément à l'article 2074. (Voy., sur

Digitized by Google

ce point, l'art. de la *Belg. jud.*, t. 23, p. 1121, signé *Un jurisconsulte*, et la jurisprudence y rapportée ; voy. aussi Cass. B., 29 mai 1868, B. J., t. 26, 760.)

Il résulte de l'article 2075 que, lorsqu'une créance a été donnée en gage, il faut, même en matière n'excédant pas 150 francs, rédiger l'acte de gage par écrit, parce que l'écrit doit être signifié au débiteur. Au surplus, l'article 2075 ne distingue pas entre la valeur des créances, comme le fait l'article 2074.

II. DES EFFETS DU GAGE.

A. *Des droits du créancier gagiste.*

1595. 1° Le créancier peut retenir le gage jusqu'au payement intégral de la dette, tant en principal qu'intérêts et frais, pour sûreté de laquelle le gage lui a été donné (art. 2082, alin. 1).

1596. 2° S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée *postérieurement* à la mise en gage, et devenue exigible avant le payement de la première dette, le créancier ne pourrait être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde (art. 2082, alin. 2). Cette disposition est puisée dans le droit romain, l. *unica*, C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, 8, 27. Elle a été, avec quelque modification, conservée dans le code, par le motif que le créancier envers lequel le débiteur contracte une nouvelle obligation, et qui ne demande pas un second gage, est réputé avoir considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre de l'une et de l'autre dette. (Exposé de motifs, n° 7 ; Locré, XVI, 27.) En droit romain, le créancier pouvait retenir le gage même pour une dette contractée *antérieurement* à celle pour laquelle le gage avait été constitué. Toutefois, cette dernière application était controversée dans l'ancien droit.

Mais le droit de rétention pour la dette postérieurement contractée n'existe que vis-à-vis du *débiteur;* il ne peut pas être opposé aux autres créanciers (arg. art. 2082, combiné avec l'article 2074). (Laurent, t. XXVIII, n° 508 ; Brux. 22 juill. 1872, P., 1872, 314; Cass. Brux., 26 avril 1872, P., 1872, 244.) La question est

Digitized by Google

controversée.— L'opinion qui admet le gage également contre les autres créanciers peut trouver un appui dans le texte de la loi *unica*, C., *Etiam ob chirographariam*, 8, 27. L'art. 2082, alin. 2, n'est pas applicable dans le cas où le gage a été constitué par un tiers. Il a été jugé que le droit de rétention ne peut être exercé lorsque celui qui donne sa chose en gage pour garantir la dette d'autrui contracte lui-même des dettes envers le créancier gagiste. (Liége, 30 déc. 1865, P. 1866, 89.)

1597. 3° Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier qui a reçu sa portion de la dette ne peut remettre le gage, au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés (art. 2083 et t. III, n°s 143, 144).

1598. 4° A défaut de payement de la dette, le créancier peut se faire autoriser par justice *ou* à garder la chose jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, *ou* à la faire vendre aux enchères (art. 2078). La justice peut ordonner ce qui sera le plus avantageux au débiteur. Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités qui viennent d'être mentionnées est nulle (article 2078). Cette disposition est puisée dans le droit romain, qui défend le *pactum commissorium* dans les gages (l. 3, C., *de pactis pignorum*, 8, 35). Les motifs de cette disposition sont évidents. Le créancier fait ordinairement la loi à son débiteur; celui-ci remet un gage dont la valeur est le plus souvent supérieure au montant de la dette. Si, à défaut de payement, le gage pouvait devenir la propriété du créancier sans autre formalité, un effet précieux ne servirait souvent qu'à acquitter une dette modique. Ce serait une source d'abus; souvent le résultat du gage serait d'enrichir le créancier en ruinant le débiteur. (Berlier. Exposé de motifs, n° 6, Locré, XVI, 26).

Mais rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent qu'à défaut de payement, le créancier fera vendre le gage par autorité de justice aux enchères publiques (arg. art. 2078, al. 2); ni à ce

Digitized by Google

que le débiteur autorise son créancier, par *convention postérieure*, à vendre le gage de la main à la main, et pour le mieux de ses intérêts (Bruxelles, 21 mars 1861, B. J., t. 19, 651; P. 1862, 50); ni même à ce que le débiteur lui-même vende à son créancier la chose primitivement engagée. (Séance du conseil d'État du 10 ventôse an XII, Locré, XVI, 15; Brux., 11 avril 1864, P. 1866, 42.)

1599. 5° Le créancier peut toujours répéter toutes les dépenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation du gage (art 2080, al. 2). Il ne peut répéter les dépenses utiles que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée et sauf réduction par le juge si elles sont trop onéreuses au débiteur (Zachariæ, § 434, n° 3, et note 7). Il peut aussi demander la réparation du dommage que la détention du gage lui a causé (arg. art. 1947).

1600. 6° Si le gage consiste en une créance et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus. Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été engagée ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette (art. 2081); le créancier peut en toucher les intérêts, conformément à l'article 2081.

Autrement le créancier n'a pas l'usage ni la jouissance du gage, sauf stipulation contraire (art. 2079).

B. *Des obligations du créancier gagiste.*

1601. 1° Le créancier doit apporter à la garde et à la conservation du gage tous les soins d'un bon père de famille. Il répond de toute faute (art. 2080, al. 1).

Après le payement de la créance il doit restituer au débiteur le gage avec tous les accessoires existant au moment du contrat et ceux qu'il a reçus depuis le contrat. Si le créancier en a tiré quelque bénéfice, il en doit compte au débiteur (art. 2082; arg. art. 1930, 1936, 2079). Le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage qu'après payement intégral de la dette et des accessoires. (Voy. *suprà*, n° 1595.)

1602. 2° Même avant le payement de la dette, le débiteur peut réclamer la restitution du gage, si le créancier s'en sert sans sa permission ou s'il en abuse (art. 2082, al. 1).

Digitized by Google

III. DU GAGE COMMERCIAL.

1602*bis*. L'article 2084 porte : « Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. »

Nonobstant cette disposition, on appliquait les règles du code civil au gage commercial, parce que le code de commerce de 1808, sauf dans l'article 93, ne contenait pas de règles spéciales sur le gage. Bien au contraire, l'article 95 de ce code renvoie, pour les prêts sur gages ou nantissement, aux dispositions du livre III, titre XVII du Code Napoléon.

Depuis lors, le gage commercial a été réglé en **France** par la loi du 23 mai 1863 et en **Belgique** par la loi du 5 mai 1872.

La loi **française** a été encadrée dans le titre VI du code de commerce, dont il forme la Ire section (articles 91-93) sous la rubrique du *Gage*.

L'article 1er de cette loi (91 du code de commerce) déroge à l'article 2074 du code civil. Il est ainsi conçu :

« Le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate, à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément à l'article 109 du code de commerce.

« Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

« A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut également être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur lesdits registres.

« Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du code civil en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. »

L'article 2 (code de commerce, art. 92) confirme le principe de l'article 2076 du code civil prescrivant que le créancier doit être mis

Digitized by Google

en possession du gage, en spécifiant énonciativement plusieurs circonstances qui constituent cette possession.

« Dans tous les cas, dit-il, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

« Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture. »

L'article 3 (code de commerce, art. 93) porte :

« A défaut de payement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » Cette disposition a abrogé l'article 2078 du code civil ; les tribunaux ne peuvent donc plus ordonner, en matière de gage commercial, que l'objet engagé pourra demeurer au créancier gagiste jusqu'à concurrence du montant de la créance, d'après une estimation faite par expert. (Cass. fr., 14 mars 1870, D. 1870, 1,222; Toulouse, 27 juill. 1872, D., 1873, 2, 230; Paris, 8 mars 1873, D., 1874, 2, 270.)

Les ventes autres que celles dont les agents de change seuls peuvent être chargés sont faites par le ministère des courtiers. Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner, pour y procéder, une autre classe d'officiers publics. Dans ce cas, l'officier public, quel qu'il soit, chargé de la vente, est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers, relativement aux formes, aux tarifs et à la responsabilité.

Les dispositions des articles 2 à 7 inclusivement de la loi du 28 mai 1858, pour les ventes publiques, sont applicables aux ventes prévues par le paragraphe précédent.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle. (Aix, 25 mars 1874, D., 1875, 2, 112.)

En **Belgique**, c'est la loi du 5 mai 1872 qui règle le gage commercial.

D'après l'article 1er « le gage constitué pour sûreté d'un enga-

Digitized by Google

gement commercial, confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose engagée, par privilége et préférence aux autres créanciers, lorsqu'il est établi conformément aux modes admis en matière de commerce pour la vente de choses de même nature et que l'objet du gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre parties.

La preuve de la date du nantissement incombe au créancier. Elle peut être faite par tous les moyens de droit.

L'article 2, relatif à la possession du créancier, contient la même disposition que l'article 2 de la loi française ci-dessus transcrite.

Nous nous bornons à transcrire ici le texte des autres articles (3-11) de la loi, la matière qu'elle concerne ne faisant pas spécialement l'objet de notre livre.

Art. 3. Le créancier gagiste perçoit, aux échéances, les intérêts, les dividendes et les capitaux des valeurs données en gage, et les impute sur sa créance.

Si le gage consiste en effets de commerce, le créancier gagiste exerce les droits et est soumis aux devoirs du porteur.

Art. 4. A défaut de payement à l'échéance de la créance garantie par le gage, le créancier peut, après une mise en demeure signifiée à l'emprunteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et en s'adressant par requête au président du tribunal de commerce, obtenir l'autorisation de faire vendre le gage, soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président et par la personne qu'il désigne.

Il ne sera statué sur cette requête que deux jours francs après qu'elle aura été signifiée au débiteur et au bailleur de gage, s'il y en a un, avec invitation de faire, dans l'intervalle, parvenir au président leurs observations, s'il y échet.

Art. 5. L'ordonnance ainsi obtenue n'est exécutoire qu'après avoir été signifiée à l'emprunteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, avec indication des jour, lieu et heure auxquels il sera procédé à la vente publique, si elle a été ordonnée. Ladite ordonnance devient définitive et en dernier ressort si, dans les trois jours de cette signification, l'emprunteur ou le tiers bailleur de gage, s'il y en a un, n'y forme pas opposition avec assignation devant le tribunal de commerce.

Art. 6 Le délai pour interjeter appel du jugement rendu sur cette opposition sera de huit jours à dater de la signification.

Art. 7. L'ordonnance et le jugement sont de plein droit exécutoires sans caution, nonobstant l'opposition ou l'appel.

Art. 8. Les délais ci-avant fixés ne sont pas susceptibles d'être augmentés en raison des distances.

Si le débiteur ou le tiers bailleur de gage, s'il y en a un, n'est pas domicilié dans le ressort du tribunal de commerce ou s'il n'y a pas fait élection de domicile, les significations mentionnées aux articles qui précèdent, sauf celle dont il est question à l'article 4, sont valablement faites au greffe de ce tribunal.

Art. 9. L'exercice des droits conférés au créancier gagiste par les articles précédents


Digitized by Google

n'est suspendu ni par la faillite, ni par l'état de sursis, ni par le décès du débiteur ou du bailleur de gage.

ART. 10. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités ci-dessus prescrites, est nulle.

ART. 11. Les articles 2 et 4 à 10 inclus du présent titre sont applicables au gage assurant le privilége légal des commissionnaires ou de leurs bailleurs de fonds, dont il sera parlé à la section II du titre II ci-après.

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE. (ART. 2085-2091.)

I. DÉFINITION ET CONDITIONS REQUISES.

1603. L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers remet au créancier la possession d'un immeuble en l'autorisant à en percevoir les fruits, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de la créance (art. 2071, 2072, 2085, al. 2).

Suivant Proudhon, *Usufruit*, 1, 77, une créance non productive d'intérêts produit des intérêts par cela seul qu'elle a été garantie par une antichrèse. Cette doctrine est contraire aux principes généraux sur les obligations et à l'article 2085. Il en était ainsi en droit romain (fr. 8, D., *in quibus causis pignus*, 20, 2); mais le code n'a pas reproduit cette disposition.

1604. Tous les immeubles productifs de fruits peuvent être donnés en antichrèse. Pour établir une antichrèse sur un immeuble, il faut :

1° En être propriétaire et avoir la capacité d'en disposer; l'antichrèse peut être constituée par le débiteur ou par un tiers (art. 2090);

2° Entre les parties cette convention n'exige aucune forme. L'article 2085, al. 1, portant que l'antichrèse ne s'établit que par écrit, ne dit pas le contraire (arg. art. 1834). Mais la preuve ne peut en être faite par témoins, quand même l'objet n'excéderait pas 150 francs, sauf les cas des articles 1347 et 1348, n° 4. (Zachariæ, § 437.) Cet acte ne doit pas être fait en double;

3° A l'égard des autres créanciers du débiteur, l'antichrèse n'a

Digitized by Google

d'effet qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine, soit par l'enregistrement, soit par une des autres causes énumérées dans l'article 1328 (art. 2074, et *suprà*, n° 1590).

En **France** tout acte constitutif d'antichrèse doit être transcrit au bureau des hypothèques de la situation des biens (loi du 23 mars 1855, art. 2, 1°). La loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851 n'ordonne pas la transcription de l'antichrèse.

II. DES EFFETS DE L'ANTICHRÈSE.

A. *Des droits du créancier.*

1605. 1° L'immeuble a été remis au créancier pour sûreté de sa créance, mais cette sûreté consiste uniquement dans la faculté de percevoir les fruits, non pas dans la faculté de faire vendre l'immeuble même. Le créancier n'acquiert pas un droit réel sur la chose. Il peut retenir l'immeuble et en percevoir les fruits jusqu'au payement intégral de la créance avec tous ses accessoires. La disposition de l'article 2082, alin. 2 (*suprà*, n° 1596) ne s'applique pas à l'antichrèse. Mais la règle de l'indivisibilité, prescrite par l'article 2083 (n° 1597) pour le gage est applicable à l'antichrèse (art. 2090).

1606. 2° Le créancier peut percevoir les fruits de l'immeuble donné en antichrèse, à la charge d'en rendre compte au débiteur (art. 2085, alin. 2). Il peut exploiter lui-même les fonds ou seulement jouir des fruits civils. Les parties peuvent convenir aussi que les fruits seront compensés avec les intérêts de la créance ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, sauf réduction et imputation des fruits sur le capital, si cette convention constituait un prêt usuraire d'après la loi du 3 septembre 1807. (Lyon, 30 déc. 1863, D., 1867, 5, 286.) Même une habitation gratuite, constituée au profit du créancier, devrait, dans ce cas, être évaluée et entrer en compensation avec les intérêts (art. 2089).

1607. 3° Le *pactum commissorium* est défendu, comme dans le gage. (Voy. *suprà*, n° 1598.) Ainsi, les parties ne peuvent pas convenir qu'à défaut de payement au terme fixé, le créancier serait de plein droit propriétaire de l'immeuble donné en anti-

Digitized by Google

chrèse, ou qu'il pourrait le faire vendre. A défaut de payement, le créancier peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales; c'est le droit commun. Toute clause *contraire* est nulle (art. 2088). Il en est de même de la clause portant qu'à défaut de payement au terme convenu, le créancier pourra se rendre propriétaire de l'immeuble moyennant un prix qui serait fixé par des experts convenus ou nommés par le juge. Est également nulle la clause qui, dans le même cas, autorise le créancier à faire vendre l'immeuble aux enchères publiques par le ministère d'un notaire (*clause de voie parée*) (loi **française** du 2 juin 1841 et nouvel article 742 du code de procédure civile). (Cass. fr., 28 avril 1857, D., 1857, 1, 219.)

1608. 4° De l'effet de l'antichrèse à l'égard des tiers. L'antichrèse ne constitue pas un véritable droit réel sur la chose et ne donne pas lieu à un droit de suite. L'antichrèse, en droit français, a un tout autre caractère qu'en droit romain; elle ne donne pas au créancier le droit de faire vendre l'immeuble. Le créancier a un droit de rétention et de jouissance des fruits tant qu'il détient la chose. Il ne peut pas faire valoir son droit contre les créanciers hypothécaires antérieurs à l'antichrèse. Si le créancier antichrésiste a en même temps un privilége ou une hypothèque sur l'immeuble, il peut les exercer à son ordre comme tout autre créancier (art. 2091). Mais il ne peut faire valoir son antichrèse, ni contre les acquéreurs et les créanciers hypothécaires, ni même contre les créanciers chirographaires soit postérieurs soit antérieurs à la constitution de l'antichrèse. (Troplong, *Antichrèse*, nos 576-590; Laurent, t. XXVIII, nos 574 et suiv.; Exposé de motifs, n° 9; rapport au Tribunat, n° 24, Locré, XVI, 29, 44; Paris, 2 août 1871, D., 1871, 2, 193; Cass. fr., 24 janv. 1872, D., 1872, 1, 353.)

Cette question est fortement controversée. Zachariæ, § 438, notes 9 et 10; Demante, n° 881, et d'autres auteurs sont du même avis en ce qui concerne les créanciers *antérieurs* à la constitution de l'antichrèse; mais ils accordent au créancier gagiste un droit de *rétention* qu'il peut faire valoir contre tous les créanciers et acquéreurs *postérieurs*, parce qu'autrement il dépendrait de la volonté du débiteur d'anéantir le gage en aliénant ou en hypothéquant le fonds engagé. Cette opinion est contraire au

Digitized by Google

texte des articles 2085 et 2091, à l'esprit de la loi sur les sûretés immobilières et aux travaux préparatoires du code. Quant à l'argument cité à l'appui de cette opinion, il renferme une pétition de principe; car pour pouvoir dire que le débiteur peut anéantir le gage par une aliénation ou une hypothèque postérieure, il faudrait établir que le créancier a réellement un droit de gage sur la propriété de l'immeuble.

B. *Des obligations du créancier.*

1609. 1° Il doit administrer l'immeuble en bon père de famille et veiller à son entretien et à sa conservation, sauf à prélever les dépenses d'entretien sur les fruits (art. 2086, 2082, alin. 1; arg. art. 608). Cependant, s'il était convenu que les fruits se compenseraient avec les intérêts, les frais d'entretien, charges des fruits, ne pourraient pas être portés en compte au débiteur, à moins que ce ne fussent de grosses réparations;

2° Il doit acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, sauf aussi à les prélever sur les fruits;

3° Après payement intégral, il doit restituer l'immeuble, etc. (art. 2087, alin. 1).

Le créancier peut s'affranchir des obligations énumérées sous les nos 1 et 2 en forçant le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble, s'il n'a pas renoncé à ce droit (art. 2087, alin. 2). Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite dans le cas de l'article 2089 (*suprà*, n° 1606).

Digitized by Google

TITRE XVIII.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Explication de la loi belge du 16 décembre 1851, qui remplace ce titre.

INTRODUCTION.

1610. Les systèmes hypothécaires des législations modernes se distinguent de la législation hypothécaire des Romains par deux principes appelés l'un la *publicité*, l'autre la *spécialité;* ces principes forment aussi la base du régime hypothécaire du code civil. Mais les exceptions importantes et fécondes en conséquences qui ont été apportées à ces deux règles avaient ébranlé le crédit. Depuis longtemps le besoin d'une réforme du système hypothécaire s'est fait sentir dans les pays régis par le code civil.

Mais, pour assurer le crédit foncier, il ne suffit pas d'un bon régime hypothécaire, qui mette celui qui veut prêter à même de savoir si le bien qui lui est offert en garantie n'est pas grevé d'autres hypothèques; il faut *avant tout* qu'il puisse avoir la certitude du droit de *propriété* de celui qui consent l'hypothèque.

Le *mode de transmission* de la propriété immobilière est donc étroitement lié au régime hypothécaire; il en forme la base et domine une grande partie des dispositions qui doivent l'organiser. Une loi qui a pour objet la réforme du régime hypothécaire doit donc nécessairement s'occuper aussi du mode de transmission de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers, afin de le mettre en harmonie avec le principe de la publicité des hypothèques.

1611. C'est dans ces vues que le gouvernement belge fit élaborer un projet de loi, qu'il soumit à l'examen d'une commission spéciale, avant de le proposer aux chambres. Cette commission présidée par M. De Cuyper, conseiller à la cour de cassation, fit son rapport le 12 août 1848, en l'accompagnant des amendements du projet du gouvernement. La chambre des représentants, à

Digitized by Google

laquelle les deux projets avaient été soumis, nomma dans son sein, pour les examiner, une commission spéciale, dont M. Lelièvre était le rapporteur. La discussion s'ouvrit le 30 janvier 1851 ; la loi fut votée par la chambre des représentants le 27 février, et adoptée par le sénat, le 31 mai suivant, sur le rapport de M. le baron d'Anethan, avec quelques amendements auxquels la chambre des représentants se rallia dans sa séance du 3 juillet. La loi fut promulguée le 16 décembre 1851, pour être obligatoire à partir du 1er janvier 1852.

1612. Cette loi contient des dispositions variées, que l'on peut diviser en quatre classes :

1° Les dispositions préliminaires sur la transmission des droits réels (art. 1-6);

2° Les règles sur les *privilèges et hypothèques*, qui remplacent le titre XVIII du troisième livre du code, aboli en totalité. Dans cette partie se trouvent plusieurs règles sur l'administration des tutelles et sur les garanties à donner par les tuteurs, lesquelles sont étrangères à la législation hypothécaire proprement dite (art. 7-134) et dont la place naturelle serait au livre Ier, titre X, *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation;*

3° Les *dispositions transitoires* (art. 1-13), qui décident plusieurs questions auxquelles le changement de législation pourrait donner lieu ;

4° Diverses dispositions nouvelles qui modifient ou complètent le code civil, et qui ont pour but de mieux garantir l'exécution de la loi hypothécaire.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

De la transcription des droits réels. (Art. 1-6.)

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1613. En droit romain, la propriété ne se transmettait pas par le *seul effet* des conventions ; il fallait de plus la *tradition,*

Digitized by Google

c'est-à-dire la mise en possession réelle de l'acquéreur. La tradition était l'acte public qui avertissait les tiers de l'aliénation. Cette règle était suivie par l'ancienne jurisprudence dans les pays de droit écrit. Sous l'empire du droit coutumier, tant en France qu'en Belgique, il en était de même; mais la simple tradition de la main à la main ne suffisait pas; on ne pouvait acquérir un droit *réel* sur des immeubles, que par la voie du *nantissement*, c'est-à-dire par une prise de possession autorisée et constatée par l'autorité publique. On se faisait mettre en possession, ou par les officiers du seigneur féodal, dont les biens étaient mouvants, ou par les juges royaux dans le ressort desquels les biens étaient situés. Cet acte de mise en possession ou d'investiture, qui était précédé de la renonciation de l'ancien propriétaire à tous ses droits, était appelé, suivant les différentes localités : *Ensaisinement, devoirs de loi, œuvres de loi, réalisation, main-mise, main-assise, mise de fait, devest et vest, dessaisine et saisine, nantissement.*

Tant que la tradition solennelle ou judiciaire n'était pas accomplie, l'acquéreur n'avait pas de droit *réel* sur la chose; il n'avait qu'une action personnelle contre son cocontractant; à l'égard des tiers, il n'était pas propriétaire.

Les formalités des devoirs de loi ou de la réalisation n'étaient pas uniformes dans toutes les coutumes. Elles consistaient ordinairement dans l'inscription du titre translatif de propriété sur les registres de la cour de justice à laquelle ressortissaient les biens.

Plus tard, dans la plus grande partie de la France, ces formalités furent jugées inutiles; on trouva plus simple de donner à un acte notarié l'effet qu'elles produisaient; de sorte que l'acquéreur, pour devenir propriétaire incommutable à l'égard de tout le monde, n'avait besoin que de se faire mettre en possession de l'héritage (*tradition*).

Ce changement ne s'opéra pas dans toute la France. L'ancien droit s'est maintenu dans tous les pays détachés des Pays-Bas, et qui avaient conservé leurs coutumes, ainsi que dans plusieurs contrées de l'intérieur du royaume; ces pays étaient appelés *pays de nantissement*. Toute la Belgique a toujours conservé le nantissement.

1614. La suppression des justices seigneuriales, prononcée

Digitized by Google

par le décret du 4 août 1789, rendait impossible l'accomplissement des *anciennes* formalités des *devoirs de loi*.

Le décret des 19-27 septembre 1790, articles 3 et 4, en abrogeant expressément ces formalités, régla la manière dont on pouvait y suppléer dans les pays de nantissement; il ordonna que la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque aux greffes des tribunaux de district de la situation des biens en tiendrait lieu et produirait tous les effets de l'ancienne réalisation.

La loi du 11 brumaire an VII suivait, pour la transmission de la propriété des immeubles, le principe des pays de nantissement, en introduisant, pour toute la France, la nécessité de la *transcription* des actes d'acquisition. L'article 26 de cette loi porte :

« Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur *les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés*. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. »

L'ancienne règle de la tradition était toujours en vigueur, même entre le vendeur et l'acheteur.

1615. Le code a aboli la nécessité de la tradition en attribuant à la *convention seule* tous les effets qu'avait anciennement la tradition. Cette innovation a passé d'une manière presque inaperçue et sans discussion. (Voy. séance du conseil d'État du 9 nivôse an XII, n° 27, Locré, X, 113.) D'après le code, la propriété de la chose est acquise par le *seul effet* de la convention. Il en est de même des autres droits réels qui peuvent être établis sur la chose, à l'exception des hypothèques, qui doivent être inscrites (art. 711, 1138, 1583, et t. III, n° 56).

Ainsi, le code n'exige ni la transcription ni la tradition pour le transfert de la propriété.

Lors de la discussion de l'article 1583, au titre de la Vente, la question de savoir s'il fallait maintenir la nécessité de la transcription, pour donner aux actes translatifs de propriété de l'effet à l'*égard des tiers*, fut soulevée, mais elle fut réservée jusqu'à la discussion du titre des Hypothèques (voy. t. III, n° 917). Dans ce titre, la disposition de l'article 26 de la loi du 11 brumaire

Digitized by Google

an VII n'a été reproduite que comme un moyen de purger les immeubles des hypothèques, et non pas comme une condition nécessaire pour acquérir la propriété à l'égard des tiers (art. 2181).

L'article 834 du code de procédure s'écarta des principes du code civil en permettant de prendre contre le précédent propriétaire inscription des priviléges et hypothèques créés antérieurement à l'aliénation, non seulement jusqu'à la transcription de l'acte par lequel la propriété avait été transférée à un tiers, mais encore dans la quinzaine qui suit la transcription.

La loi du 3 janvier 1824 prescrit la transcription des actes translatifs de propriété, mais uniquement comme mesure fiscale, sans qu'elle ait d'influence sur l'acquisition de la propriété.

1616. La loi du 16 décembre 1851 rétablit le principe de la loi du 11 brumaire sur la nécessité de la transcription (art. 1er). Le but de cette transcription est de donner aux tiers qui veulent contracter au sujet d'un immeuble un moyen sûr de savoir qui en est le propriétaire et de quels droits réels l'immeuble est grevé.

II. DES ACTES QUI SONT SOUMIS A LA TRANSCRIPTION.

1617. On ne peut pas comprendre sous *une seule formule* ou règle *tous* les actes soumis à la transcription. D'après le vœu de la loi, tous les actes entre-vifs opérant ou constatant un *changement* des droits réels immobiliers d'une personne, ou même, dans quelques cas, de ses droits personnels relatifs à un immeuble, doivent être rendus publics. Ces actes peuvent être divisés en quatre classes : 1° actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ; 2° certains baux ; 3° les actions et les jugements résolutoires ; 4° les cessions de créances hypothécaires.

A. *Des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers.*

1618. La loi soumet à la transcription tous les actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les priviléges et les hypothèques (art. 1er). Cette catégorie comprend :

1. Les transmissions *à titre gratuit*, donc les *donations*. L'article 939 est implicitement aboli ou plutôt absorbé par cet arti-

Digitized by Google

cle 1er. Si la donation et l'acceptation se font par actes séparés, tous ces actes, ainsi que la notification de l'acceptation, doivent être transcrits (C. civ., art. 932). Les *substitutions* (art. 1069) sont soumises à la transcription. (Voy. t. II, n° 2225.) Les contrats de mariage, lorsqu'ils contiennent des donations ou mutations entre-vifs, y sont aussi soumis, indépendamment de la publicité plus grande que prescrit l'article additionnel à l'article 76 du code civil, n° 10 (t. III, n° 513). Cela est incontestable pour les contrats contenant donation *entre-vifs de biens présents* (C. civ., art. 1081, 1092).

Quant aux contrats de mariage contenant des donations cumulatives de *biens présents et à venir*, la transcription est nécessaire en ce qui concerne les biens *présents* pour le cas où il y a un état estimatif des dettes et charges, et où le donataire voudrait s'en tenir aux biens présents (C. civ., art. 1084, 1085, 1093). Il n'en est pas de même des contrats de mariage contenant une donation de biens à venir ou une institution contractuelle, pas même en ce qui concerne les biens appartenant au donateur au moment du contrat, et à l'égard desquels il ne peut plus désormais disposer à titre gratuit (C. civ., art. 1082, 1083, 1093). Car, bien que sa faculté de disposer soit restreinte, le donateur n'en demeure pas moins *propriétaire* de ses biens jusqu'à son décès; l'institution contractuelle n'est pas un acte translatif de droits réels. (Martou, *Des priviléges et hypothèques*, n° 19; Laurent, t. XXIX, n° 49. Nîmes, 5 juillet 1875, et Cass. fr., 15 mai 1876, D., 1877, 1, 195.)

Les contrats de mariage contenant stipulation de *dotalité* ou d'*inaliénabilité* des biens de la femme ne sont pas soumis à la transcription.

1619. 2. Les *actes à titre onéreux*. Ce sont tous les actes de mutation entre-vifs en général, tels que vente, échange, apports en société, etc., les dations en payement et les actes qui contiennent constitution d'un usufruit, d'un droit d'usage, de superficie ou d'emphytéose, ou un droit d'habitation, ou établissement de servitudes, sans distinguer entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes. (Rapport de la commission du sénat sur l'article 1er.) Les actes de constitution de priviléges ou d'hypothèques sont exceptés de la *transcription*, parce que, à leur

Digitized by Google

égard, la loi prescrit un mode de publicité spécial, c'est-à-dire l'*inscription* sur les registres du conservateur.

1620. 3. Les actes *déclaratifs* de droits immobiliers soumis à la transcription sont particulièrement les actes de *partage*, les *transactions* et certains actes de *licitation*. Car, malgré la fiction de la rétroactivité de ces actes, dans la réalité des choses, ils produisent dans la position des copartageants un changement qui intéresse les tiers, en convertissant leur propriété indivise d'une quote-part de la masse commune en une propriété divise sur certains biens déterminés. La nécessité de la publicité de ces actes ne porte pas atteinte au principe de l'article 883 du code civil, sur la nature déclarative du partage. Le partage ne pourra être opposé aux tiers qu'après avoir été transcrit; mais une fois transcrit, il rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. Ainsi, le défaut de publicité d'un partage donne au tiers, devenu cessionnaire d'une part indivise même depuis ce partage, le droit d'en provoquer un nouveau, c'est-à-dire d'agir comme si le partage n'eût pas eu lieu ; de même celui qui a acquis d'un des copartageants un bien déterminé tombé dans le lot de ce dernier peut être dans la nécessité de subir un nouveau partage, à la demande du cessionnaire d'une part indivise acquise avant la transcription du partage. Mais la cession ne lui donne qu'un droit subordonné à l'événement du partage qui doit intervenir entre les copropriétaires.

Les partages d'ascendants faits par *actes entre-vifs* doivent être transcrits (C. civ., art. 1076), non pas ceux faits par *testament*. Sur la transcription des transactions, voy. Bruxelles, 22 février 1866, P., 1867, 148.

1621. 4. Les jugements passés en force de chose jugée *tenant lieu* de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits (art. 1er, alin. 2). Ce sont les jugements qui condamnent une partie à passer acte d'une convention (verbale) intervenue, et faute de ce faire, déclarent que le jugement *en tiendra lieu*. Mais les jugements rendus sur des questions de propriété, étant de leur nature déclaratifs de droits préexistants à la demande, ne sont pas soumis à la transcription. Car, dans ce cas, ce sera le titre qui a *conféré* le droit préexistant qui aura été transcrit ou dispensé de la transcription.

Digitized by Google

Les jugements d'adjudication sur saisie immobilière tiennent aussi lieu de convention à l'adjudicataire et devraient être transcrits, d'après la loi du 16 décembre 1851. Depuis la loi du 15 août 1854, articles 49 et 53, le titre de l'adjudicataire se compose du cahier des charges qui doit être transcrit au bureau des hypothèques, et de la mention sommaire du procès-verbal de l'adjudication que le conservateur doit faire en marge de la transcription de la saisie.

En matière d'expropriation pour *cause d'utilité publique*, la loi du 16 décembre 1851 n'a pas dérogé à la loi du 17 avril 1835. D'après l'article 20 de cette loi, le jugement par lequel il est décidé que les formalités prescrites pour constater l'utilité publique ont été remplies, doit être immédiatement transcrit au bureau de la conservation des hypothèques. Cette transcription remplace la publicité par la transcription du jugement d'adjudication. (Martou, *Hypothèques*, n° 38.)

1622. 5. Les jugements d'envoi en possession définitive des biens d'un absent doivent être considérés comme translatifs de propriété et sont soumis à la transcription.

1623. 6. Les actes de *renonciation aux droits réels immobiliers*, par exemple à un usufruit, une servitude, une emphytéose, etc. (art. 1er, alin. 2). (Bruxelles, 28 octobre 1875, P., 1876, 39.) Car on peut dire que la renonciation est, pour celui au profit duquel elle a été faite, un acte d'acquisition d'un droit réel. Celui qui a acquis un droit réel et a fait transcrire le titre d'acquisition en est investi à l'égard des tiers. Si, même après y avoir renoncé, sans que la renonciation soit transcrite, il cède ou transfère son droit à un tiers, ce dernier l'aura valablement acquis. Pour empêcher de semblables aliénations, il faut que la personne au profit de laquelle la renonciation a été faite, fasse transcrire l'acte de renonciation. Les renonciations aux hypothèques doivent être inscrites en marge des inscriptions hypothécaires. (Liége, 6 août 1859, B. J., t. 18, 467.)

1624. L'*antichrèse* n'est pas soumise à la transcription, parce qu'elle ne constitue pas un droit réel sur la chose, et qu'elle ne peut être opposée ni à l'acquéreur du fonds ni à l'hypothèque constituée antérieurement ou postérieurement. (Rapport de la commission spéciale, § Ier, n° 12, voy. *suprà*, n° 1608.)

Digitized by Google

1625. La loi ne soumet à la transcription que les actes *entre-vifs* translatifs de droits réels immobiliers. La transmission *ab intestat* ou *testamentaire* n'a pas besoin d'être transcrite. Il en était de même sous l'ancien droit coutumier. On considérait la nécessité de la transcription de la transmission *ab intestat* comme une atteinte portée au principe « Le mort saisit le vif ». (Rapp. de la commission spéciale, et celui de la commission du sénat.) Et ce n'est pas sans raison. Car sous l'ancien droit coutumier la saisine était non seulement translative de la *possession*, mais aussi de la *propriété* (voy. t. II, n°s 1266-1268 et 1274). La transmission avait un effet *absolu* à l'égard de tout le monde; son effet ne pouvait être restreint aux *parties*, comme l'effet des transmissions par conventions suivies de la tradition, parce qu'il n'y avait pas de parties en présence. Soumettre la transmission par décès à une mesure de publicité pour avoir un effet absolu à l'égard de tout le monde, c'était donc en réalité porter atteinte à la maxime : *Le mort saisit le vif.*

Cette raison n'est plus vraie aujourd'hui. Car la saisine, c'est la possession (voy. t. II, n° 1273 et suiv.); ce n'est pas en vertu de la saisine que la propriété est transmise. La saisine ne souffrirait aucune atteinte par la nécessité de la publicité de l'acquisition de la propriété par voie de succession. On ne saurait le méconnaître, cette publicité serait très utile; elle offrirait à celui qui voudrait traiter au sujet d'un immeuble le moyen de remonter à la connaissance de tous les propriétaires successifs d'un même immeuble.

Mais plusieurs difficultés ont arrêté le législateur dans la voie de la publicité. D'abord il n'y a pas d'*acte* que l'on puisse transcrire. La publicité aurait donc consisté dans la propre déclaration de celui qui se prétendrait héritier du défunt. Mais une semblable déclaration aurait-elle pu former en sa faveur *et à l'égard des tiers* un titre contre le véritable héritier? Ce serait une vraie spoliation de l'héritier, que de ne pas lui donner le moyen de faire valoir son droit dans le délai ordinaire des prescriptions. (Rapport de la commission spéciale, § Ier, 1°.) Ensuite, à l'égard de qui la transcription aurait-elle pu rendre le transcrivant propriétaire? Le tiers ne peut pas l'évincer, puisque le défunt ne peut plus transmettre la chose à un tiers. Enfin la

Digitized by Google

fraude est impossible ici. L'objet de la libéralité ne peut plus passer en d'autres mains par suite d'un changement de volonté du testateur. Dès le moment même où la *transmission est faite* à l'héritier ou au légataire, le testateur se trouve dans l'impossibilité de transmettre la chose à un autre; il est mort.

En ce qui concerne les transmissions par *testament*, le législateur a lui-même déclaré que l'on ne peut se dissimuler la gravité des considérations qui militent pour la transcription des testaments. Nous ne pouvons pas souscrire à toutes les raisons qu'il a alléguées pour les dispenser de la publicité. Voici la meilleure, quoiqu'elle ne nous paraisse pas décisive : « C'est d'abord une chose grave », dit-il, « que cette publicité donnée à un acte de dernière volonté; c'est ensuite une chose rigoureuse, si pas injuste, d'enlever à un légataire un droit à cause de l'inaccomplissement d'une formalité, qu'il n'a pas été à même de remplir si on lui a laissé ignorer la disposition faite en sa faveur. Dans les autres actes entre-vifs, où l'acquéreur intervient, il doit s'imputer son inaction, mais il n'en est pas de même dans les testaments dont les légataires peuvent ne pas connaître l'existence. Il ne faut pas favoriser la fraude et la collusion que pourrait commettre, au détriment du légataire, l'héritier d'accord avec des tiers. » (Rapport de M. d'Anethan au Sénat, sur l'art. 1er.)

B. *Des baux soumis à la transcription.*

1626. Bien que les baux d'immeubles ne confèrent pas au locataire ou fermier un *droit réel* sur la chose, la loi les soumet à la transcription dans deux cas :

1° Les baux excédant neuf années (art. 1er, alin. 2). Un bail de neuf ans est considéré comme un acte excédant les limites des actes d'administration et renfermant une espèce d'aliénation. Il diminue considérablement la jouissance et le droit de disposition de l'acquéreur. L'acquéreur et le créancier hypothécaire ont donc intérêt à connaître l'existence de semblables baux, lesquels désormais ne pourront plus leur être opposés, s'ils n'ont pas été transcrits. Cette règle est le complément de l'article 1743 du code civil (*suprà*, nos 1162-1165).

Si ces baux n'ont pas été transcrits, la durée en doit être ré-

Digitized by Google

duite à neuf ans ou au temps qui reste à courir soit de la première, soit de toute autre période de neuf ans, dans laquelle les parties se trouvent, conformément à l'article 1429 du code civil (art. 1er, alin. 3; t. III, nos 666, 667).

La clause insérée dans un contrat de vente portant que l'acquéreur devra respecter les baux existants, ne dispense pas le fermier de faire transcrire son acte, s'il veut l'opposer au tiers pour une durée excédant neuf ans. Le fermier ne peut pas prouver par témoins que, lors de l'adjudication du bien loué, le notaire instrumentant a informé les personnes présentes à la vente de l'existence d'un bail de seize ans. (Trib. civ. de Gand, 11 juillet 1859, B. J., t. 18, 311.)

1627. 2° Les baux contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Lorsque plusieurs années de loyer ont été payées par anticipation, la valeur de la propriété est diminuée, parce que la jouissance est stérile pendant tout ce temps pour le nouvel acquéreur, et la garantie du créancier hypothécaire est diminuée d'autant. La loi veut empêcher le propriétaire de se faire payer d'avance trois ou plusieurs années de loyer, et de vendre ou d'hypothéquer le bien en fraudant l'acquéreur ou le créancier hypothécaire. Si ce bail n'a pas été transcrit, les payements anticipés ne peuvent pas être opposés aux acquéreurs ni aux créanciers hypothécaires.

Les payements par anticipation pour lesquels il y a des quittances séparées, ceux de moins de trois années de loyer, ainsi que les baux passés par le débiteur hypothécaire *après* l'acte d'hypothèque, restent soumis aux principes généraux. S'il y a fraude, ils peuvent être attaqués.

C. *Des actions et jugements résolutoires.*

1628. Un acte translatif de propriété transcrit peut devenir inopérant soit avec effet *rétroactif*, par suite d'une nullité dont il a été entaché, ou d'une condition résolutoire qui lui était inhérente en vertu de la convention ou de la loi, soit pour l'*avenir seulement*. La loi soumet à la transcription l'action en nullité ou en résolution. « Aucune demande tendante à faire prononcer l'*annulation* ou la *révocation* de droits résultant d'actes soumis à

Digitized by Google

la transcription », dit l'article 3 en ajoutant la sanction au précepte même, « ne sera reçue dans les tribunaux, qu'après avoir été inscrite en marge de la transcription de l'acte même dont la nullité ou la rescision est demandée. » La fin de non-recevoir résultant du défaut d'inscription de la demande est d'ordre public, et doit être prononcée d'office. (Cass. B., 10 novembre 1869, P. 1869, 419.) Il suffit que la demande d'annulation de l'acte originaire translatif de droits réels soit inscrite en marge de cet acte; l'inscription n'est pas requise en ce qui concerne les transmissions ultérieures, dont l'annulation n'est pas formellement poursuivie. (Cass. B., 28 juin 1867, P., 1868, 23.)

Examinons les deux cas qui peuvent se présenter.

1629. 1° Ceux, et c'est le plus grand nombre, où l'action résolutoire a un effet rétroactif au jour de la passation du contrat (où elle opère *ex tunc*). Exemples : art. 1184, 952, 954, 963, 1167, 1673, etc. On peut dire que, dans ces cas, la publicité de la demande en révocation ne présente pas une grande utilité; car la *possibilité* de la révocation résulte du contrat transcrit même, elle a donc une publicité suffisante. La demande en résolution et le jugement qui s'ensuit n'ont pas besoin d'être transcrits pour avoir de l'effet contre les tiers, puisqu'ils ont précisément pour but et pour conséquence de faire disparaître les droits acquis aux tiers depuis la date du contrat résolu (*Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*). Néanmoins, l'article 3 soumet ces demandes à la publicité. On peut justifier cette disposition comme une précaution salutaire, propre à empêcher la fraude contre des personnes trop confiantes, en leur donnant le moyen de savoir que ce qui ne s'annonçait que comme une *éventualité* dans le contrat transcrit est devenu une *réalité*, et que l'on ne peut plus contracter dans l'espoir que la résolution du contrat n'aura peut-être pas lieu.

En vertu de la règle qui précède, la transcription de la demande en nullité par l'action *Paulienne* (t. III, n[os] 86-95) doit aussi avoir lieu, et toute acquisition postérieure à cette demande est nulle, quand même l'acquéreur serait de bonne foi. (Cass. B., 11 juin 1863, B. J., t. 21, 839.) La transcription est utile dans les cas où l'acte est attaqué pour vice de consentement. (Voy. t. III, n° 282.)

Digitized by Google

Si la demande en nullité d'un partage a été inscrite en marge de la transcription de cet acte, la demande en tierce opposition au jugement qui a ordonné ce partage n'est pas soumise à cette formalité. (Liége, 13 mars 1872, P., 1872, 275.)

L'action en nullité ne doit pas être inscrite si l'acte dont l'annulation est demandée n'a pas été transcrit. (Bruxelles, 13 juillet 1866, P., 1867, 27.)

Il est évident que la demande en *revendication* d'immeubles détenus sans titre ni droit n'est pas soumise à l'inscription. (Liége, 24 mai 1873, P., 1873, 376.)

1630. 2° Les cas où l'action résolutoire n'a d'effet rétroactif que jusqu'au jour de la demande (la résolution s'opère *ex nunc*). Le principal cas est celui de la révocation de la donation pour cause d'ingratitude (C. civ., art. 958). Ici l'inscription de la demande est très utile afin d'avertir les tiers qu'ils ne peuvent plus traiter en sécurité avec le donataire; aussi l'article 958 l'avait-il déjà prescrite. L'article 3 généralise cette disposition, qui peut avoir de l'importance dans d'autres cas encore, par exemple lorsque l'absent revient et qu'il demande contre les envoyés en possession définitive la restitution de ses biens, le jugement ne rétroagit qu'au jour de la demande (art. 132 du code civil); de même lorsque l'usufruitier est poursuivi en déchéance pour abus de jouissance, les tiers ont intérêt à connaître l'action en déchéance, afin que l'usufruitier ne puisse pas les tromper, par exemple en hypothéquant l'usufruit après l'action intentée (art. 618).

Si, dans les hypothèses prévues par ce numéro, la demande en révocation n'a pas été inscrite, le jugement de révocation ou d'annulation n'aura d'effet, vis-à-vis des tiers, qu'à dater du jour où il aura été inscrit. Les aliénations faites et les hypothèques et autres charges réelles imposées *antérieurement* à l'inscription de la demande en nullité ou en révocation sont valables (art. 4).

1631. Les tiers ont intérêt à connaître non seulement l'existence des demandes en nullité ou en révocation qui viennent d'être mentionnées, mais aussi les suites qu'elles ont eues. C'est pourquoi la loi a ordonné, sur la proposition de la commission du sénat, l'inscription du jugement à la suite de l'inscription de la demande. L'exécution de cette mesure a été assurée par la dé-

Digitized by Google

fense faite au greffier, sous peine de tous dommages-intérêts, de délivrer aucune expédition de jugements de cette espèce avant qu'il lui ait été justifié que l'inscription a été prise (art. 3, alin. 2, 3).

D. *De la cession de créances hypothécaires.*

1632. La cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même que la subrogation à un droit semblable, ne peut être opposée au *tiers*, si elle ne résulte d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire et s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties. Cette disposition s'applique à la *subrogation légale* comme à la subrogation conventionnelle. (Bruxelles, 22 février 1868, B. J., t. 26, 299, présidence de M. Girardin.)

Le conservateur des hypothèques doit indiquer, au bas du bordereau, le changement opéré sur ses registres (art. 5 et *suprà*, t. III, n°s 185 et 1088).

Voici les motifs de cette innovation. Le créancier qui a cédé sa créance peut aisément la céder à un autre si, par une raison quelconque, il a encore en mains le titre de cette créance. Dans le cas de cessions successives, celui qui aurait le premier fait inscrire sa cession sera saisi de la créance vis-à-vis des tiers. Pour empêcher ces cessions frauduleuses, la loi exige la transcription du titre.

Cette disposition modifie l'article 1690 du code civil. En ce qui concerne les créances *hypothécaires*, la signification du transport au débiteur *ne suffit plus* pour saisir le cessionnaire à l'égard des *tiers*, soit à l'égard d'un second cessionnaire, soit à l'égard d'un créancier saisissant. Mais l'article 1691 ne se trouve pas modifié par l'article 5. La transcription de la cession ne dispense pas de la notifier au débiteur, lequel peut toujours valablement payer entre les mains de son créancier primitif, avant la signification du transport.

La règle prescrite par l'article 5 de la loi du 16 décembre 1851 souffre exception dans le cas où le payement d'une lettre de

Digitized by Google

change est garanti par une hypothèque. Alors la propriété de la lettre de change se transmet par voie d'endossement, avec les garanties hypothécaires qui y sont attachées (loi du 20 mai 1872 sur la lettre de change et le billet à ordre, formant le titre VIII du code de commerce, art. 26).

1633. Si la créance hypothécaire ou privilégiée, qui fait l'objet de la cession ou de la subrogation, n'a pas encore été inscrite, le cessionnaire ou le subrogé ne peut requérir l'inscription du privilége ou de l'hypothèque que pour autant que l'acte de cession ou de subrogation soit passé dans la forme requise à l'égard des créances inscrites et mentionnée au numéro précédent.

1634. La *libération* des créances hypothécaires n'est pas soumise à la transcription. Il est donc possible qu'une créance hypothécaire soit déjà éteinte par le payement ou autrement, quoiqu'elle soit encore inscrite. Afin que le créancier ne puisse pas abuser de cette circonstance et induire un cessionnaire en erreur, la loi a donné à ce dernier un moyen sûr de savoir si la dette inscrite est éteinte ou non. Ce moyen, c'est l'assignation dont parle l'article 6. « Toute personne contre laquelle il existe une inscription hypothécaire prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine pourra, même avant l'échéance de la dette, être assignée, par le cessionnaire du créancier, sans préliminaire de conciliation, devant le tribunal civil de son domicile, à l'effet de faire la déclaration prescrite par l'article 570 du code de procédure civile au tiers saisi en cas de saisie-arrêt. L'assigné doit faire sa déclaration et l'affirmer au greffe s'il est sur les lieux; sinon, devant le juge de paix de son domicile, sans être tenu dans ce cas de la réitérer au greffe, conformément aux articles 571 et suivants du même code. S'il ne fait pas cette déclaration, il peut être réassigné aux fins d'être déclaré débiteur pur et simple par un huissier commis à cet effet. »

La loi n'a pas voulu exiger la nécessité de la publicité pour la libération, parce que, dans le délai qui s'écoule nécessairement entre le payement et la publicité donnée au bureau des hypothèques, le créancier de mauvaise foi pourrait céder à un tiers la créance déjà payée, lequel pourrait faire inscrire la cession, avant que le débiteur eût donné la publicité à la libération. (Rapport de la commission spéciale, chap. Ier, § r. n° 10.)

Digitized by Google

III. DES FORMES DE LA TRANSCRIPTION.

1635. 1° *Des actes translatifs et déclaratifs de droits réels en général.* Ces actes doivent être *transcrits en entier*, c'est-à-dire *littéralement copiés* sur un registre *spécial* à ce destiné au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés (art. 1er). Le législateur a donné la préférence au système de la transcription en entier plutôt qu'au système proposé par la commission du gouvernement, consistant dans certaines annotations à faire par le conservateur, qui devait les puiser dans une copie authentique des titres réalisés, copie dont le dépôt devait être obligatoire. Dans ce dernier système, le conservateur aurait pu se tromper dans ses annotations, et la moindre erreur de sa part pouvait avoir les conséquences les plus graves. La transcription littérale seule peut offrir une garantie sérieuse; le simple dépôt de l'acte peut mettre sur la trace de l'erreur, mais non la réparer.

1636. De même que la loi du 11 brumaire an VII et l'article 2181 du code civil, le législateur de 1851, en se servant des termes *en entier* n'a eu qu'un but, celui d'ordonner la *copie littérale* du titre, par antithèse aux simples *annotations*. Mais il ne faut pas en conclure que l'acte doive être transcrit en *totalité* avec *toutes* ses parties lorsqu'il contient encore d'autres dispositions étrangères à la transmission du droit réel immobilier dont on demande la transcription, ou relatives à la transmission d'immeubles situés dans un autre arrondissement. Nous considérons donc comme erronée une décision du tribunal civil de Bruxelles portant que le conservateur des hypothèques doit refuser de transcrire l'*extrait* d'un acte de partage, dans lequel on n'a fait mention que des immeubles situés dans le ressort de son bureau en omettant ce qui concerne les immeubles situés dans d'autres arrondissements et les meubles compris dans le même partage. (Jugement du 1er février 1855, B. J., t. 13, 210.)

1637. La loi n'admet à la transcription que les actes authentiques et les actes sous seing privé *reconnus* en justice ou devant notaire, ou légalement tenus pour reconnus (C. de proc., art. 194; C. civ., art. 1322, t. III, n° 329). Motif : La loi veut rendre la

Digitized by Google

propriété certaine. L'acte sous seing privé ne remplit pas ce but, parce qu'il peut être mis en question par une simple dénégation de signature (C. civ., art. 1323). La transcription n'offrirait aucune utilité, si l'existence même de l'acte transcrit pouvait être contestée par une simple dénégation, et si elle dépendait d'une vérification d'écriture à l'aide de la preuve testimoniale et d'une expertise par comparaison d'écriture.

Les actes passés en pays *étranger* peuvent être transcrits, pourvu qu'ils soient authentiques (arg. art. 77).

Les procurations et les autorisations maritales doivent aussi être transcrites. Le jugement qui ordonne la licitation de biens indivis entre majeurs et mineurs ne doit pas être transcrit avec l'acte d'adjudication de ces biens. Le conservateur n'a pas le droit d'exiger la communication de ce jugement, quand même il réduirait à certains immeubles à désigner par le juge de paix l'hypothèque légale du mineur intéressé. (Cass. B., 1er mai 1868 confirmant Bruxelles du 8 juin 1867, B. J., t. 26, 705.)

1638. 2. *Des actions résolutoires et des jugements rendus sur ces actions.*

Pour opérer l'inscription d'une action en résolution ou en nullité, les parties doivent présenter au conservateur des hypothèques, soit par elles-mêmes, soit par un tiers, deux extraits sur timbre contenant les noms, prénoms, professions et domiciles des parties, les droits dont l'annulation ou la révocation est demandée, et le tribunal qui doit connaître de l'action.

S'il s'agit d'un jugement, les parties doivent présenter au conservateur deux extraits sur timbre délivrés par le greffier, contenant les noms, prénoms, professions et domiciles des parties, le dispositif de la décision, et le tribunal ou la cour qui l'a rendue (art. 84).

Les greffiers ne peuvent, sous peine de tous dommages-intérêts, délivrer aucune expédition de jugements de cette espèce, avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise (art. 3).

1639. 3. *Des cessions et subrogations de créances hypothécaires.* Pour opérer l'inscription dont il a été question au n° 1632, les parties doivent présenter au conservateur l'expédition authentique de l'acte et deux extraits sur timbre contenant les indications mentionnées dans ce numéro.

Digitized by Google

Le conservateur remet au requérant un des extraits, sur lequel il certifie que l'inscription ou la mention a été faite.

IV. DES EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.

1640. Les actes produisent tous leurs effets *entre les parties*, indépendamment de la transcription. Elle n'est exigée que dans l'intérêt des *tiers*. Donc, les parties contractantes, ni leurs héritiers et ayants cause ne peuvent opposer le défaut de transcription. Les actes soumis à la transcription ne peuvent être opposés aux tiers qu'autant qu'ils sont transcrits, et seulement à partir du moment où la transcription a été *opérée*, et non pas à partir de *la date même* de l'acte transcrit. Ainsi, lorsque la propriété d'un immeuble a été transmise à deux personnes différentes par deux actes successifs, celle dont le titre a été inscrit le *premier* sera préférée, quand même le titre de l'autre serait plus ancien en date. (Gand, 7 mai 1875, P., 1875, 313; Bruxelles, 20 juin 1876, P., 1877, 81.)

1641. Lorsque deux titres translatifs de droits réels immobiliers ont été présentés le même jour à la conservation des hypothèques, la préférence appartient au titre qui a été présenté le premier. Cette préférence se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres a été mentionnée au registre de dépôts destiné à cet effet (art. 123, 124).

1642. Les actes soumis à la transcription, tant qu'ils n'ont pas encore été transcrits, *ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude* (art. 1er, alin. 1). Il y a fraude lorsqu'il y a accord entre celui qui a consenti le droit au profit d'un premier acquéreur, et celui qui a acquis ce droit postérieurement, ou bien lorsque ce dernier était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il avait connaissance du droit antérieurement établi sur la chose. Dans ce cas, le premier acquéreur peut demander ou opposer la nullité du second acte, d'après le principe de l'article 1141 du code civil, quand même son titre n'aurait pas été transcrit. (Grenoble, 14 août et 11 décembre 1869, D., 1870, 2, 151.) En vertu de cette règle, l'acheteur qui, lors de son acquisition, a reconnu l'existence d'un bail non transcrit, ne peut pas demander la réduction du bail à neuf années, en se prévalant du

Digitized by Google

défaut de transcription. (Bruxelles, 14 novembre 1873, P., 1874, 161.)

1643. Que faut-il entendre par *tiers* dans l'article 1er? Et notamment, le créancier *chirographaire* de celui qui a aliéné un immeuble peut-il opposer le défaut de transcription? D'après l'interprétation généralement admise de l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII, le défaut de transcription ne pouvait être opposé que par ceux qui, dans l'intervalle de l'aliénation à la transcription, avaient acquis de l'aliénateur un droit *réel* sur l'immeuble aliéné. Le code n'a plus reproduit la nécessité de la transcription que pour les donations de droits immobiliers; alors, dit l'article 941, le défaut de transcription pourra être opposé par *toutes personnes ayant intérêt*. Ces expressions ont donné lieu à la controverse, vivement agitée jusqu'à ce jour par tous les interprètes, sur le point de savoir si, parmi les *personnes ayant intérêt*, il fallait aussi comprendre les *créanciers chirographaires*, ou seulement les personnes ayant obtenu du donateur des droits réels entre la donation et la transcription. Aujourd'hui, la transcription ayant de nouveau été généralisée, comme sous la loi de brumaire, la question qui nous occupe a de nouveau gagné une importance plus étendue, et l'on peut s'étonner qu'elle ait complètement échappé à l'attention du législateur de 1851. Quoi qu'il en soit, la controverse subsiste, et il faut aujourd'hui la résoudre d'après les éléments que nous fournit notre nouvelle loi hypothécaire.

1644. L'opinion qui n'admet l'exception tirée du défaut de transcription qu'en faveur de ceux qui ont obtenu un droit réel dans l'intervalle entre l'aliénation et la transcription, s'appuie surtout sur la loi de brumaire et sur ce que, dans les travaux préparatoires de la loi de 1851, on a toujours invoqué la loi de brumaire, et que, quand il a été question de se prémunir contre des fraudes, le législateur n'a eu en vue que celles qui pouvaient se commettre contre les droits des créanciers hypothécaires ou des tiers acquéreurs. (Casier, *Commentaire de la loi hypothécaire*, n° 28 ; Cloes, *Comment.*, n° 106 ; Martou, nos 66 et 73 ; jugements des tribunaux civils de Bruges, du 23 mai 1859, et de Termonde, du 6 avril 1860, B. J., t. 18, 11, 793.)

Cette opinion se fonde sans doute sur des motifs graves ; elle

Digitized by Google

nous semblerait devoir être admise nonobstant la généralité des termes de l'article 1er de la loi, si d'autres dispositions de la même loi ne commandaient une interprétation plus étendue du mot *tiers*.

En effet, dans l'article 1er, mis en rapport avec la loi de brumaire, le mot *tiers* permet de ne donner l'exception du défaut de transcription qu'à ceux qui ont acquis des droits réels. Mais on ne saurait admettre que le terme *tiers* ait deux significations différentes dans l'article 1er et dans l'article 5. Or, en disant dans l'article 5 que la cession d'une créance hypothécaire ne peut être opposée au *tiers*, si elle n'a pas été mentionnée en marge de l'inscription, le législateur ne peut avoir en vue que les créanciers chirographaires, puisqu'on ne peut pas acquérir un droit réel immobilier sur une créance. Le tiers, dans l'article 5, c'est le créancier saisissant ou le second cessionnaire.

Un autre argument à l'appui de cette interprétation nous est fourni par la disposition additionnelle à l'article 76 du code civil. L'acte de célébration du mariage doit contenir la mention de la date des conventions matrimoniales des époux et du notaire qui les a reçues; faute de quoi, les clauses dérogatoires au droit commun *ne pourront être opposées aux tiers* qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales. Ici, encore une fois, la loi ne distingue pas, et par *tiers* il faut entendre toute personne ayant intérêt, donc aussi le créancier chirographaire.

En résumé, la loi de 1851 organise un système de publicité pour certains actes; le défaut de cette publicité peut être opposé par tous ceux qui avaient intérêt à connaître ces actes, en d'autres termes, par les *tiers*, peu importe qu'ils aient obtenu un droit réel ou qu'ils soient simplement créanciers chirographaires. (Voy, en ce sens, une dissertation de M. le professeur V. Thiry, dans la *Belgique judiciaire*, t. 14, 833; Laurent, XXIX, nos 173 et suiv., et cass. B., 8 mai 1856, B. J., t. 14, 961 et la note, P., 1856, 260; Liége, 14 août 1867, B. J., t. 26, 218), qui décide aussi qu'il importe peu que le saisissant ait connu l'existence de la vente, cette circonstance n'imprimant pas un caractère frauduleux à sa créance, et Liége, 28 mai 1877, P., 1878, 39.)

1645. La transcription ne remédie pas aux vices du titre de

Digitized by Google

celui qui a aliéné. Ainsi, par exemple, elle ne peut pas faire transférer la propriété à l'acquéreur, si le vendeur lui-même n'était pas propriétaire de la chose vendue.

V. QUESTION TRANSITOIRE.

1646. Les dispositions des articles 1-6 de la loi du 16 décembre 1851 ne s'appliquent qu'aux actes translatifs de droits réels immobiliers passés postérieurement à cette loi. Les actes passés antérieurement à cette loi conservent tous les effets qu'ils ont produits sous l'ancienne législation (art. 2 du code civil). Ces effets sont des droits *acquis*. Les actes translatifs de propriété ou d'autres droits réels avaient de l'effet aussi à l'égard des tiers. Il s'ensuit, par exemple, que, si celui qui a vendu sous l'ancienne législation par un acte qui n'a pas été transcrit, vendait le même fonds à un autre qui ferait transcrire son titre, le premier acquéreur n'en serait pas moins propriétaire, même à l'égard du second.

Toutefois, cet effet n'a lieu que pour autant que le titre du premier acquéreur ait date certaine (code civ., art. 1328). Si ce titre n'avait pas date certaine, il ne pourrait pas être opposé au second acquéreur.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I. NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES PRIVILÉGES ET LES HYPOTHÈQUES.

1647. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et futurs; en d'autres termes, *tous* les biens du débiteur sont le *gage* (ce mot pris dans le sens du n° 1580, alin. 1) de ses créanciers (t. III, nos 52, 60).

Tous les biens du débiteur sont, en règle, le gage *commun* de tous ses créanciers; ceux-ci y ont le *même* droit, et, en cas d'in-

Digitized by Google

suffisance de ces biens, chacun des créanciers subit une diminution proportionnée à sa créance; c'est-à-dire que le prix des biens du débiteur se distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des *causes légitimes de préférence* (art. 7, 8; code civ., art. 2092, 2093).

La clause d'insaisissabilité, insérée dans une donation entre-vifs ou testamentaire d'immeubles disponibles, est-elle valable? La question est très controversée. La jurisprudence belge et plusieurs auteurs se prononcent pour la négative, et décident que cette clause ne peut pas même être opposée aux créanciers dont le titre est *antérieur* à cet acte. Ils se fondent sur ce que cette clause étant contraire à la loi, aux articles 2092 et 2093 du code civil et aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire belge, elle est réputée non écrite aux termes de l'article 900 du code. (Liége, 28 mai 1877, P., 1877, 353, et cass. B., 2 mai 1878, P., 1878, 270 et la note; Demolombe, t. XVIII, n°s 310 et 311; Laurent, XI, n°s 471, 472.)

La jurisprudence française se prononce pour la validité de cette clause, au moins à l'égard des créanciers du donataire ou légataire antérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs. Elle se fonde sur l'article 544 du code civil et sur l'article 581 du code de procédure. (Cass. fr., 10 mars 1852, D., 1852, 1, 111; 27 juillet 1863, D., 1864, 1, 494 et la note; Cass., 20 décembre 1864, D., 1865, 1, 24, et sur renvoi, Toulouse, 4 mars 1867, D., 1867, 2, 61; Troplong, *Donations*, n°s 271, 272.)

Ce qui nous paraît certain, et ce que corroborent les articles 581 et 582 du code de procédure, c'est qu'une semblable clause doit être inefficace à l'égard des créanciers *postérieurs* à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs. Ce qui n'est pas moins certain, c'est que l'effet d'une telle clause, en la supposant valable, ne peut être que purement personnel au légataire ou au donataire, et que ses successeurs ne peuvent s'en prévaloir.

Mais, même avec ces restrictions, nous ne considérons pas la clause comme valable. Nos motifs sont ceux invoqués par M. Demolombe et par la jurisprudence belge, et nous ajoutons que, si l'opinion contraire était admise, il dépendrait des personnes qui laisseraient des biens disponibles, de les mettre au moins par-

Digitized by Google

tiellement hors le commerce, au profit de leurs héritiers, qui, obérés peut-être, vivraient largement en se moquant de leurs créanciers. Nous faisons, en suivant l'esprit de la loi, une exception dans le cas où les biens, même immeubles, auraient été donnés ou légués à titre d'*aliments*. Mais, à cet effet, il ne suffit pas que le donateur ou le testateur ait *déclaré* que la libéralité a été faite à titre d'aliments. Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour examiner si cette déclaration n'a pas été faite pour éluder la loi, si le donataire ou le légataire était réellement dans le besoin, et, le cas échéant, de réduire la clause d'insaisissabilité (arg. art. 208, 209 du code civil).

1648. Les causes légitimes de préférence sont les *priviléges* et les *hypothèques* (art. 9; code civ., art. 2094). Les priviléges et les hypothèques sont les *accessoires* des créances pour lesquelles ils sont établis; ils ne peuvent exister sans la créance même.

1649. Le *privilége* est un droit que la *qualité de la créance* donne à un créancier d'être *préféré* aux autres créanciers, même hypothécaires. C'est une conséquence logique de cette définition, qu'entre les créanciers privilégiés la préférence doit se régler par les *différentes qualités* des priviléges (art. 12, 13; code civ., art. 2095, 2096).

1650. L'*hypothèque* est un droit *réel* sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (art. 41; code civ., art. 2114).

1651. Les principales différences entre les priviléges et les hypothèques sont : 1° les priviléges sont tous établis par la loi, et ne peuvent s'établir autrement, excepté le *gage*, qui peut aussi être constitué par convention (voy. *suprà*, n° 1590); les hypothèques dérivent de la loi, de la convention ou des dispositions de dernière volonté (art. 12, 43); 2° les créances privilégiées sont préférées aux créances hypothécaires; celles-ci priment les simples créances chirographaires (art. 12); 3° le *rang* des créances privilégiées est en règle générale déterminé par le degré de faveur que la loi attache à la qualité de la créance (art. 12, 13); le rang des créances hypothécaires est réglé par la date de leurs inscriptions (art. 81; code civ., art. 2134); 4° les priviléges peuvent exister sur les meubles ou sur les immeubles; les hypothèques ne peuvent être établies que sur les immeubles (art. 16, 46; code civ., art. 2099, 2119).

Digitized by Google

II. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1652. Le régime hypothécaire romain était celui de la plus grande partie de l'ancienne France; il est appelé le système de la *généralité* et de la *clandestinité*, parce que les hypothèques pouvaient porter sur la *généralité* des biens présents et futurs du constituant et que leur efficacité n'était pas subordonnée à l'*inscription* sur des registres publics. Cependant, en quelques points on s'était écarté du droit romain. Ainsi les *meubles* étaient *généralement* considérés comme n'étant pas susceptibles d'hypothèque. Toutefois, dans quelques provinces, notamment en Bretagne, en Normandie et dans le ressort du parlement de Toulouse, les créanciers qui avaient hypothèque *générale* étaient colloqués sur les immeubles et sur les meubles, pourvu que ces derniers se trouvassent encore entre les mains du débiteur; s'ils étaient entre les mains de tiers détenteurs, ils ne pouvaient pas être poursuivis. On observait à cet égard la règle du droit coutumier : « Meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur. » (Loysel, *Inst. cout.*, n° 487; Troplong, *Hypothèques*, n° 396.) C'était une conséquence de la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

1653. Les hypothèques pouvaient être constituées de trois manières :

1. Par la *loi*, conformément au droit romain.

2. Par *convention*. Les actes sous seing privé ne suffisaient pas à cet effet, à moins qu'ils n'eussent été reconnus en justice ou devant notaire par le dépôt fait du consentement de toutes les parties. Les actes *notariés* emportaient de *plein droit*, et indépendamment de toute stipulation, hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. « Contrats passés sous scel de cour laie engendrent hypothèque », dit Loysel, n° 495.

3. Par *jugement*. Tout jugement passé en force de chose jugée conférait de plein droit une hypothèque générale sur tous les biens du débiteur à partir du jour de la signification.

1654. Le premier essai de soumettre les hypothèques à la *publicité* fut fait par Colbert. Par un édit de 1673, il établissait des greffes d'enregistrement dans lesquels les créanciers pou-

Digitized by Google

vaient faire enregistrer leurs hypothèques et former leurs oppositions. Ces formalités n'étaient pas obligatoires, mais un droit de préférence appartenait à ceux qui les avaient remplies. Cette disposition est analogue à celle de la constitution de l'empereur Léon II, C., *Qui potiores*, 8, 18, qui accorde la préférence à l'hypothèque résultant d'un *instrumentum publicum seu quasi publicum*. (Voy. Maynz, § 248, *b*, note 40.)

Cette publicité, qui menaçait de détruire le crédit des familles puissantes en faisant connaître l'état de leur fortune, souleva une vive opposition. L'édit fut révoqué déjà en 1674. « Les règlements les plus utiles », disait le roi dans le préambule de l'édit de révocation, « ont leurs difficultés dans leurs premiers établissements. » Colbert se plaint amèrement, dans son testament politique, de la résistance obstinée du parlement.

1655. Nous avons dit, au nº 1613, que, dans les contrées appelées *pays de nantissement*, la transmission de droits réels immobiliers était soumise à la publicité; il en était de même des *hypothèques*. Dans ces pays, ainsi qu'en Belgique, les hypothèques étaient constituées de la même manière que dans le reste de la France, mais elles n'avaient de l'*effet à l'égard des tiers* qu'autant qu'elles avaient été rendues publiques au moyen d'une inscription faite sur un registre à ce destiné. C'était l'investiture du gage, qui s'opérait anciennement par la remise d'un bâton par le seigneur, remplacée plus tard par l'inscription sur le registre public.

Les hypothèques *légales* étaient exemptes de cette inscription. Loysel, nº 498, exprime ainsi cette règle : « Ès cas èsquels y a hypothèque taisible, les réalisations, nantissements, et saisines introduites par aucunes coutumes ne sont point requises. »

1656. A la différence de l'ancien système, les régimes hypothécaires modernes reposent presque tous sur les principes de *publicité* et de *spécialité*.

La loi hypothécaire du 9 messidor an III introduisit le principe de la *publicité*. Elle établit dans chaque arrondissement communal un conservateur chargé d'inscrire les actes hypothécaires sur des registres tenus à cet effet, et subordonna l'efficacité des hypothèques à l'accomplissement de cette formalité. Le principe de la *spécialité* n'existe pas encore dans cette loi. Il ne

Digitized by Google

fut posé que par la loi du 11 brumaire an VII, d'après laquelle on ne pouvait établir des hypothèques conventionnelles que pour des créances *déterminées*, et ne constituer des hypothèques que sur des immeubles *spécialement désignés*, tandis que la législation antérieure admettait des hypothèques conventionnelles aussi pour des créances indéterminées et sur la *généralité* des immeubles. Les principes de *publicité* et de *spécialité*, qui forment la base de cette loi, ont été conservés par le code civil, non sans de vives discussions au conseil d'État, et encore avec des exceptions importantes.

1657. Une grave atteinte était portée *à ces deux* principes par les hypothèques *légales* établies au profit des femmes mariées sur les biens de leur mari, et au profit des mineurs et des interdits sur les biens de leur tuteur. Ces hypothèques étaient *occultes* et *générales*. Elles existaient *indépendamment de toute inscription* sur les registres publics et frappaient sur *tous les biens présents et à venir du débiteur* (C. art. 2121, 2122, 2135).

Le principe *de la spécialité seul* souffrait une atteinte par l'hypothèque légale au profit de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, et par l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation en faveur de celui qui l'avait obtenu. Ces hypothèques n'existaient pas sans inscription, mais une fois inscrites, elles frappaient *tous les biens présents et futurs* du débiteur.

1658. Les principales réformes que la loi belge du 16 décembre 1851 a apportées au régime hypothécaire sont l'abolition totale des hypothèques judiciaires et la nécessité de l'inscription de toutes les hypothèques légales sur des biens spécialement désignés.

III. DES OBJETS QUI SONT SUSCEPTIBLES DE PRIVILÉGES ET D'HYPOTHÈQUES.

1659. 1. Les *priviléges* peuvent être établis sur les meubles ou sur les immeubles (art. 16, C., 2099). Le mot *meubles* doit être pris ici dans un sens général, et non pas dans le sens restreint de l'article 533 du code civil ; il est synonyme de *mobilier*, *effets mobiliers* ou *biens meubles* (art. 535). La loi du 11 brumaire a

Digitized by Google

aboli l'hypothèque sur les meubles, même pour le passé (voy. n° 1652).

1660. 2. L'*hypothèque* ne peut être établie que sur les immeubles (art. 45, 46; C., 2118, 2119). Tous les immeubles ne peuvent pas être grevés d'hypothèques. Ainsi le droit d'usage et le droit d'habitation, étant inaliénables, ne peuvent pas être hypothéqués.

L'usufruit, l'emphytéose et la superficie (L. du 10 janvier 1824, art. 2, 6) ne peuvent être hypothéqués qu'autant que ces droits sont déjà démembrés du droit de propriété (l'*ususfructus formalis*, et non l'*ususfructus causalis*, qui est la jouissance appartenant au propriétaire), mais ils ne peuvent pas être hypothéqués comme des droits à établir par le propriétaire. Le contraire était admis en droit romain. La question était controversée sous le code; mais les mots de l'article 45, *pendant la durée de ces droits*, indiquent qu'il s'agit de droits déjà démembrés de la propriété.

Les servitudes ne peuvent pas être hypothéquées sans le fonds auquel elles sont attachées (arg. art. 526 du C. civ., et art. 45).

1661. Par la même raison les actions immobilières ne peuvent pas être hypothéquées. Mais on peut consentir hypothèque sur l'immeuble qu'une action immobilière tend à revendiquer. Le sort d'une pareille hypothèque est subordonné au résultat de l'action. Il ne faut pas distinguer, à cet égard, entre les actions en revendication proprement dites et les actions qui tendent à la rescision de conventions translatives de propriété; car la rescision d'une convention a en général un effet rétroactif.

Une hypothèque ne peut pas être hypothéquée (hypothèque sur hypothèque ne vaut), quand même on voudrait la considérer comme un droit immobilier, ce qui est controversé; car l'article 45, en disant : sont *seuls* susceptibles d'hypothèques, etc., énumère limitativement ces biens, et l'*hypothèque elle-même* n'est pas dans le nombre.

1662. Bien que les immeubles seuls soient susceptibles d'hypothèque, il arrive quelquefois que, lorsqu'un immeuble a cessé d'exister, il est représenté par sa valeur en ce qui concerne les droits des créanciers; *pretium succedit in locum rei.* En partant de cette idée, l'article 10 dit : « Lorsqu'un immeuble, des

Digitized by Google

récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. Il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers, à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilége ou d'hypothèque. » Cette disposition est neuve. Elle décide une controverse soulevée sous le code. Elle est motivée sur ce qu'elle donne plus de garantie aux prêteurs, et qu'il n'est ni raisonnable ni équitable qu'un incendie ou tout autre sinistre puisse constituer un avantage pour les créances chirographaires, en diminuant le gage des créanciers hypothécaires ou privilégiés. (Comp. C. civ., art. 1303, qui contient le principe de l'art. 10.)

Le sens des mots : *Si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation*, etc., est celui-ci : L'assureur tient les fonds ; c'est lui qui en est responsable envers les créanciers ; c'est donc *par lui* seulement que les deniers peuvent être appliqués dans un autre but, ou remis à l'assuré dans le but de faire réparer l'objet assuré.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES. (Art. 12-40.)

INTRODUCTION HISTORIQUE. DÉFINITION ET DIVISION DES PRIVILÉGES.

1663. La définition du privilége a été donnée au n° 1649.

Le droit romain attachait à certaines créances une hypothèque légale sur tous les biens meubles et immeubles du débiteur. A côté de cette cause de préférence, nous en trouvons d'autres, introduites par les constitutions impériales et appelées *privilegia exigendi*, dont quelques-unes étaient déterminées par la *nature de la créance* (*privilegia causæ*), par exemple pour les frais funéraires, les frais faits pour la réparation d'une maison, pour l'achat, la réparation ou l'armement d'un navire ; d'autres par la considéra-

Digitized by Google

tion de la *personne* du créancier (*privilegia personæ*). (Maynz, *Cours de droit romain,* 4e édit., § 381, notes 13 et 14.)

Bien que le droit coutumier n'admît pas d'hypothèque sur les meubles (n° 1652), le droit de préférence fut néanmoins conservé, sous le nom de *privilége,* en faveur de la plupart des créances, auxquelles le droit romain attachait une hypothèque générale. D'un autre côté, le *privilegium exigendi,* ou le droit d'être préféré aux autres créanciers, droit qui s'exerçait sur tous les biens non hypothéqués du débiteur, prit dans plusieurs cas le caractère d'un véritable *gage,* c'est-à-dire qu'il s'exerçait seulement sur quelques objets déterminés dont le prix était de préférence affecté au payement de certaines créances. De cette manière il se formait deux espèces de priviléges; les uns généraux, ayant conservé le caractère de l'ancien *privilegium exigendi,* et s'exerçant sur tous les biens du débiteur; les autres *spéciaux* qui ne frappaient que certaines choses déterminées.

Le droit coutumier ajoutait aux préférences déjà admises par le droit romain de nouveaux cas de priviléges généraux et de priviléges spéciaux. C'était toujours la nature plus ou moins favorable de la créance et non la *qualité personnelle* du créancier qui était le motif du privilége.

C'est par ces transformations successives que s'est formé le système qui est la base du code civil ainsi que de la loi du 16 décembre 1851.

1664. Les priviléges se divisent en :

I. Priviléges qui s'étendent sur les *meubles* et les *immeubles.*

II. Priviléges sur les *meubles* seulement. Ceux-ci sont ou :

A. Priviléges généraux sur *tous* les meubles.

B. Priviléges spéciaux sur *certains* meubles (art. 18).

III. Priviléges sur les immeubles. Ils sont tous *spéciaux.* Il n'y a pas de priviléges qui s'exercent exclusivement sur *tous* les immeubles.

Digitized by Google

SECTION PREMIÈRE.

DES PRIVILÉGES QUI S'ÉTENDENT SUR LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES.

1665. Les frais de justice sont privilégiés sur les meubles et les immeubles, à l'égard de tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits (art. 17). Ainsi, il n'y a de privilégiés sur *tous* les meubles et immeubles que les frais de justice faits dans *l'intérêt commun* des créanciers, c'est-à-dire dans l'intérêt de la masse des créanciers, qui auraient dû eux-mêmes en faire l'avance, pour obtenir leur payement. (Cass. fr., 29 juin 1875, D., 1875, 1, 471.) Tels sont, par exemple, les frais de scellés après faillite ou décès, les frais d'inventaire, de saisie, de vente, d'ordre, de distribution de deniers, etc. Les frais de l'inventaire dressé à la requête de la veuve commune d'un commerçant décédé ont droit au privilége des frais de justice dans la faillite du mari déclarée postérieurement. (Cass. B., 30 décembre 1875, B. J., t. 34, 113.) Car c'est par les frais de justice que le gage commun des créanciers est conservé et mis en état d'être réalisé. (Liége, 8 mars 1862, P., 1863, 355.)

Il résulte de cette disposition que les frais faits par un créancier dans son intérêt personnel, par exemple pour faire reconnaître *sa* créance, ne sont pas privilégiés sur la masse. Il en est de même des frais qui n'ont procuré qu'un avantage spécial à un ou à quelques-uns des créanciers, par exemple ceux faits pour la vente d'une chose donnée en gage ; ces frais n'ont de privilége que sur cette chose. (*Contrà,* Bruxelles, 26 novembre 1868, P., 1869, 129, qui accorde le privilége aussi pour les frais de recouvrement de la créance.)

Il en résulte encore que ce privilége ne peut pas être opposé aux créanciers, qui n'ont pas profité des frais. Ainsi, lorsqu'un créancier possède un privilége spécial, susceptible d'être réalisé indépendamment de la liquidation générale de la fortune du débiteur, par exemple le créancier gagiste, on ne peut prélever sur l'objet affecté à son privilége aucune part des frais de cette liqui-

Digitized by Google

dation. Par exemple le privilége du bailleur peut primer les frais de justice (art. 21).

1666. Dans le cas où les frais ont été faits dans l'intérêt de *tous* les créanciers, c'est-à-dire pour la masse des meubles et des immeubles, le privilége s'exerce *proportionnellement* sur le prix de ces deux objets, et non d'abord sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles. (Rapport de la commission du sénat sur l'art. 17.)

1666 *bis*. Des controverses avaient été soulevées sur la question de savoir si l'assureur avait un privilége sur la chose assurée pour le payement de la prime d'assurance. En **France**, la cour de cassation a décidé que la prime d'assurance contre l'incendie pouvait, si elle avait été payée par le syndic de la faillite, figurer dans les dépenses d'administration de la faillite, et être, à ce titre, prélevée sur l'actif mobilier. (Cass. fr., 26 janvier 1875, D., 1875, 1, 52. En sens *contraire :* Trib. de commerce de la Seine, 14 juillet 1871, D., 1871, 3, 100.) En ce qui concerne le privilége pour la prime d'assurance d'un immeuble, la cour de Nancy a décidé que le créancier qui, sur la demande du syndic, a payé, dans l'intérêt de la faillite, la prime d'assurance d'un immeuble du failli, n'a pas, pour le recouvrement de cette avance, sur l'immeuble assuré le privilége attaché, par l'article 2102 3° du code civil, aux frais faits pour la conservation de la chose; mais qu'il a sur l'actif de la faillite le privilége accordé aux frais de justice par les articles 2101 et 2104 du même code. (Nancy, 20 décembre 1871, D., 1872, 2, 35.)

La loi **belge** du 11 juin 1874 sur les *assurances* (art. 23) porte :

« L'assureur a un privilége sur la chose assurée. — Ce privilége est dispensé de toute inscription. — Il prend rang immédiatement après celui des frais de justice.

« Il n'existe, quel que soit le mode de payement de la prime, que pour une somme correspondant à deux annuités. »

Suivant la diversité des cas, l'assurance peut donc donner lieu à trois espèces de priviléges.

1° Si elle a pour objet un immeuble, la prime est privilégiée sur cet immeuble, et ce privilége est préféré à tous les autres ainsi qu'aux créances hypothécaires (arg. art. 17).

Digitized by Google

2° Si la généralité des meubles a été assurée, le privilége frappe sur la généralité des meubles; il prend rang après les frais de justice et prime les priviléges indiqués sous les n°s 2, 3, 4 et 5 de l'article 19.

3° Si l'assurance a pour objet un effet mobilier déterminé, la prime est privilégiée sur ce meuble.

SECTION II.

DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

I DES PRIVILÉGES GÉNÉRAUX SUR LES MEUBLES (art. 19).

1667. L'article 19, en énumérant les priviléges généraux sur les meubles, en détermine en même temps le *rang* ou l'ordre dans lequel ils s'exercent. Il importe donc de ne pas intervertir l'ordre de cette énumération. Ces priviléges sont :

1° Les frais de justice faits dans l'intérêt *commun* des créanciers. Les observations faites sous le n° 1665 s'appliquent aussi à cette disposition. (Cass. fr., 24 juin 1867, D., 1867, 1, 374.)

2° La prime d'assurance pour deux annuités, si la généralité du mobilier a été assurée (loi du 11 juin 1874, art. 23; *suprà*, n° 1666 *bis*;

3° Les frais funéraires en rapport avec la condition et la fortune du défunt. Des motifs d'humanité et des raisons de police ont fait maintenir ce privilége, qui existait déjà en droit romain, d'après les fr. 12, § 5, fr. 14, § 1 et 6, fr. 45 et 46, § 2, D., *De religiosis, et sumptibus*, etc., 11, 7. Il faut comprendre parmi les frais funéraires les frais de l'ensevelissement et de la sépulture, le service religieux et les honoraires du ministre du culte. Le deuil de la veuve n'est pas privilégié. Celui qui a payé les frais funéraires avec intention de les répéter peut réclamer son remboursement par privilége. Les frais funéraires ne sont privilégiés que sur les biens du défunt et non sur les biens de celui qui a commandé les funérailles. (Cass. B., 29 mars 1878, B. J., t. 36, 581 et la note; P., 1878, 197.)

Digitized by Google

1668. 4° Les frais de dernière maladie pendant un an : ce sont les comptes des médecins, chirurgiens, apothicaires, gardes-malades, etc. Les commentateurs du droit romain avaient étendu le privilége des frais funéraires aux frais de la dernière maladie en s'appuyant sur les l. 4, C., *De hæreditatis petitione*, 3, 31 et l. 3, C., *De religiosis*, 3, 44. L'ancienne jurisprudence a adopté cette extension.

Parmi les frais de dernière maladie il faut comprendre tous les frais de maladies qui ne remontent pas à plus d'une année, quand même ils seraient dus à raison d'une maladie dont le débiteur ne serait pas mort. Après l'année, ces frais sont prescrits (art. 2272).

5° Les salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante; le salaire des commis pour six mois, et celui des ouvriers pour un mois.

Le privilége des *gens de service* ne doit pas être étendu aux salaires de *tous ceux* qui louent leurs services dans les termes de l'article 1780 du code civil; ainsi, doit être annulé l'arrêt qui accorde ce privilége aux employés et travailleurs d'un établissement sucrier, sans rechercher la nature des services pour lesquels ils étaient engagés. (Cass. fr., 9 juin 1873, D., 1873, 1, 338.)

La raison de la différence entre la durée de ces divers priviléges, c'est que les commis sont ordinairement payés par trimestre ou par semestre, tandis que les ouvriers sont payés par mois ou par quinzaine. Le privilége ne s'étend pas aux sommes que le commis a déposées entre les mains de son patron à titre de cautionnement ou à un autre titre. (Bruxelles, 21 juin 1859, P., 1861, 139.)

6° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, pendant les six mois. Il ne faut pas distinguer entre les livraisons faites par les marchands en gros ou par les marchands en détail. Les maîtres de pension n'ont plus de privilége. (Rapport de la commission spéciale sur cet article.)

1669. Sous le code il y avait eu souvent controverse sur la question de savoir si les époques indiquées aux trois derniers numéros étaient celles qui avaient précédé la mort, ou la faillite, ou la déconfiture. La nouvelle loi a décidé ces controverses en disposant que ces époques sont celles qui précèdent la mort, le dessaisissement ou la saisie du mobilier du débiteur.

Digitized by Google

1670. Lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances hypothécaires ou privilégiées sur les immeubles, la portion du prix qui est due est affectée de préférence au payement des créances énoncées aux nos 1667 et 1668. D'après l'article 2104 du code, ces créances étaient aussi privilégiées sur la généralité des immeubles, et elles étaient préférées même aux créances hypothécaires et aux priviléges spéciaux sur les immeubles. Aujourd'hui, ces créances ne peuvent jamais atteindre les immeubles au détriment des créances privilégiées ou hypothécaires. Ceux auxquels ces dernières créances sont dues ont eu le droit de compter sur toute la valeur des immeubles qui leur ont été donnés en hypothèque; il n'est pas juste que la sûreté du créancier hypothécaire puisse être diminuée à raison de la maladie du débiteur, ou parce que celui-ci n'a pas payé les gages à ses domestiques ou parce qu'il a reçu de ses fournisseurs des marchandises à crédit. (Rapport de la commission spéciale et rapport à la chambre.)

Ainsi les créances de l'article 19 ne sont privilégiées sur les immeubles qu'à l'encontre des créanciers chirographaires.

1670 *bis*. 7° Le trésor public a, pour le payement du droit de succession, un privilége général sur tous les biens meubles délaissés par le défunt. Ce privilége prend naissance au jour du décès du *de cujus;* il est indivisible pour toute la créance due au trésor. Il s'éteint au dernier jour du douzième mois qui suit celui dans lequel échoit le délai fixé pour la déclaration de succession. Le trésor n'a pas un droit de suite; son privilége n'existe qu'autant que les meubles sont encore en la possession des héritiers.

Le privilége du trésor prend rang après les priviléges généraux de l'article 19 et les priviléges spéciaux de l'article 20 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851. (Loi du 27 décembre 1817, art. 3; loi du 17 décembre 1851, art. 26; Bastiné, *Théorie du droit fiscal*, 2e partie : *Droits de succession*, nos 328-330; 332, 333.)

II. — DES PRIVILÉGES SUR CERTAINS MEUBLES (art. 20).

1671. I. Pour les loyers et fermages des immeubles, pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'*exécution*

Digitized by Google

du bail, le bailleur a un privilége sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme. Ce droit de préférence existait déjà d'après les lois romaines sous le nom d'hypothèque légale; c'était même la plus ancienne des hypothèques romaines. (Fr. 3, 4, 7, D., *In quibus causis pignus,* 20, 2; Maynz, *Cours de droit romain,* 4e éd., §§ 153, 154 et 158, A, 1°.) Le droit coutumier l'avait reproduit. « *Les grains et biens meubles d'un fermier et locataire sont taisiblement obligés pour les moissons* (c'est-à-dire les pensions annuelles qui se payent en fruits pour les baux d'héritages) *et loyers du propriétaire,* » et « *les propriétaires sont préférés à tous autres créanciers pour les moissons et loyers de l'année courante* », dit Loysel, nos 478 et 479. (Voy. Cout. de Paris, art. 161 et 171.)

Le sous-bailleur a le même privilége contre le sous-locataire (n° 1155).

1672. Le privilége à raison de la créance du bailleur n'est pas illimité; il est soumis aux restrictions suivantes :

A. Quant aux loyers et fermages *échus,* le privilége ne garantit que deux années s'il s'agit d'une maison, et trois années s'il s'agit d'une ferme, n'importe que le bail ait date certaine ou non. (Controversé sous le C. civil.) Cette différence est fondée sur ce qu'il est dans l'usage d'accorder un crédit plus long aux fermiers ruraux qu'aux locataires de maisons.

Le code civil accordait un privilége pour *tous les loyers et fermages échus.* Le législateur de 1851 a limité ce privilége, parce qu'un bailleur assez imprévoyant ou assez négligent pour laisser accumuler de nombreux arriérés n'a qu'à se l'imputer à lui-même s'il souffre un dommage par sa négligence, qui ne doit pas nuire aux autres créanciers qui se verraient primés par ce privilége; il ne viendra donc qu'en concours avec les autres créanciers pour ce qui excède ces termes. (Rapp. de la commission spéciale et de la commission de la chambre.)

B. Le privilége existe toujours pour les loyers de l'année *courante* et de celle qui suivra, peu importe que le bail ait date certaine ou non.

C. Si les baux sont authentiques ou si, étant sous seing privé, ils ont une *date certaine,* le privilége s'étend sur tout ce qui est à

Digitized by Google

échoir (t. III, n° 189), et tous les loyers deviennent immédiatement exigibles. (Cass. fr., 15 juillet 1868, D. 1872, 1, 9; 16 février 1870, D. 1870, 1, 261, et Caen 5 déc. 1872, D. 1874, 2, 81.) Dans ce dernier cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme, pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au bailleur tout ce qui lui serait encore dû. (Gand, 25 mai 1877, P. 1877, 363.) Les créanciers sont, dans ce cas, subrogés au droit du locataire, quand même la faculté de sous-louer aurait été interdite à ce dernier; car autrement le propriétaire pourrait jouir à la fois du loyer et de la chose.

Pour que le privilége s'étende à tous les loyers à échoir, il faut que le bail ait eu date certaine au moment de l'insolvabilité du locataire. Ainsi le bailleur qui aurait fait enregistrer son bail postérieurement à l'époque où il aurait eu connaissance de la cessation des payements du locataire, ne pourrait pas exercer son privilége pour tous les loyers à échoir. (Cass. fr., 2 mars 1869, D. 1869, 1, 473.)

1673. Le privilége du bailleur d'un bien rural ne s'exerce pas seulement sur la récolte de l'année, mais aussi sur les fruits des années précédentes, comme objets garnissant la ferme. Il cesse s'ils ne la garnissent plus. Ce privilége n'existe pas sur les meubles qui, à proprement parler, ne *garnissent* pas la maison, par exemple les titres de créance, les pierreries, etc. Mais il existe sur les marchandises et autres objets nécessaires à l'exercice de la profession du débiteur. (Gand, 13 août 1857, P. 1862, 389.)

Mais le privilége existe même sur les objets garnissant la maison ou la ferme et qui appartiennent à des tiers, excepté :

A. Si, *lors de l'introduction de ces objets dans le bâtiment loué*, le bailleur a été *informé* qu'ils appartenaient à des tiers (arg. art. 23, alin. 2. et art. 1813 du code civ.). (Voy. *infrà*, n° 1692. Brux., 31 janv. 1860, P. 1860, 245; Liége, 8 avril 1865, P. 1865, 154; Brux., 31 juill. 1871, P. 1873, 126.)

B. Lorsque des objets mobiliers appartenant à des tiers ont été placés dans le bâtiment loué comme dépôt nécessaire, ou confiés au locataire pour être réparés, façonnés ou manufacturés. Car ces effets ne *garnissent* pas le bâtiment dans le sens propre du mot. De plus le bailleur doit être présumé avoir su que ces

Digitized by Google

choses n'appartiennent pas au locataire, soit à raison des circonstances dans lesquelles a eu lieu l'introduction, soit à raison de la profession du locataire. (Liége, 14 juin 1876, P. 1876, 373; cass. fr., 13 août 1872, D. 1872, 1, 466 et 17 mars 1873, D. 1874, 1, 442.)

C. Si les objets mobiliers ont été volés aux tiers ou perdus par eux (arg. 2279, al. 2). Dans ce cas, le propriétaire peut les revendiquer.

1674. Le bailleur a, dans certaines limites, un *droit de suite* sur les objets soumis à son privilége; il peut les saisir lorsqu'ils ont été déplacés *sans son consentement*, et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il en ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit d'un mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de *quarante jours;* et dans celui de *quinzaine* s'il s'agit de meubles garnissant une maison. La raison de la différence entre les *délais,* c'est que le propriétaire est ordinairement plus éloigné de ses propriétés rurales que de ses maisons. Les délais courent à partir du *jour du déplacement.* Le consentement de déplacer ou de vendre les objets du privilége peut être donné expressément ou tacitement. Ainsi le bailleur est censé avoir permis au fermier de vendre les fruits de la ferme; il n'y a donc pas de revendication s'ils ont été vendus *régulièrement;* car, pour payer, il faut que le fermier vende.

Sauf le cas de consentement, la revendication est aussi admise contre le tiers possesseur de bonne foi; la loi ne distingue pas.

Le mot *revendication* est ici employé improprement; car, pour *revendiquer* une chose, il faut en être le propriétaire. Par la revendication la loi veut indiquer le droit du bailleur de faire réintégrer la chose pour l'exercice du privilége. Quelques jurisconsultes disent que c'est une *revendication de la possesison.*

Le droit de suite dont il s'agit ici existait en droit romain parce qu'il était le résultat de l'hypothèque; mais les anciennes coutumes ne l'admettaient pas; il n'était pas encore reçu du temps de Beaumanoir. Les coutumes d'une date plus récente l'ont introduit.

1675. II. Les sommes dues pour les *semences* ou pour les *frais de la récolte* de l'année sont privilégiées sur le prix de cette récolte, et celles dues pour ustensiles aratoires servant à l'ex-

Digitized by Google

ploitation, sur le prix de ces ustensiles. Voici la différence entre ce privilége et le privilége ordinaire du vendeur (n° 5) : celui-ci prime le privilége du *bailleur* tandis que le privilége du vendeur ordinaire *est primé* par celui du bailleur (voy. art. 24). Il est juste que ceux aux deniers desquels l'existence même des fruits et des ustensiles est due, soient de préférence payés sur le prix de ces objets. Ce privilége ne s'étend pas au vendeur d'enrais. (Jugement du tribunal civil de Bruges du 9 mai 1865, B. J., t. 23, 762; Rennes, 4 mai 1871, D., 1873, 5, 379.)

Les *frais de récolte* sont ceux que l'article 548 du code civil considère comme *charges des fruits,* y compris les salaires des journaliers et gens de labour (Rapp. de la comm. de la chambre). (Bourges, 3 mars 1877, D., 1878, 2, 56.) Toutefois, les ouvriers et journaliers n'ont pas un droit de suite, comme le bailleur; leur privilége sur la récolte disparaît dès que cette récolte est sortie de la possession du fermier pour passer entre les mains d'un tiers de bonne foi. (Même arrêt.)

1676. III. Le créancier gagiste a un privilége sur le gage dont il est saisi. (Voy. *suprà,* n° 1590.)

1677. IV. Les frais faits pour la conservation d'une chose sont privilégiés sur le prix de cette chose. Car, sans ces frais, la chose elle-même n'existerait plus : *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam,* dit le fr. 6, D., *Qui potiores in pignore,* 20, 4. Il est donc juste que celui qui a conservé le gage commun soit remboursé de préférence sur le prix de cette chose. Ce privilége n'est pas subordonné à la condition que la chose soit possédée par le créancier qui a fait les frais de conservation. Ce privilége ne s'étend pas aux immeubles. (Paris, 15 novembre 1875, D., 1877, 2, 99.) L'article 20, n° 4, a donné lieu à quelques décisions contradictoires. Ainsi, il a été jugé qu'une fourniture de marchandises faite pendant le sursis, de l'aveu et avec l'autorisation des commissaires, n'est point privilégiée vis-à-vis de la masse faillie. (Bruxelles, 4e chambre, 4 avril 1868. B. J. t. 26, 834 et la note.) En sens contraire, il a été décidé que le fabricant qui a fourni aux liquidateurs d'une société industrielle des marchandises indispensables pour l'achèvement de machines commandées avant la mise en liquidation, peut demander à être payé, pour le montant du prix dû, de préférence à

Digitized by Google

ceux qui, à la date même où la liquidation a commencé, étaient créanciers de la société déclarée depuis en faillite. (Bruxelles, 1re chambre, 12 juin 1867, B. J., t. 26, 840 et Bruxelles, 1re chambre, 9 juin 1879, B. J., t. 37, 1334.)

Dans la deuxième et la troisième affaire, la cour a jugé que les livraisons devaient être considérées comme des frais faits *pour la conservation de la chose;* dans la première, les frais n'ont pas été déclarés avoir été faits pour la conservation de la chose. Les deux dernières décisions nous semblent plus justes.

1678. La loi ne parle pas des frais faits pour *améliorer* une chose ou pour lui donner une plus grande valeur. Ces frais ne sont pas privilégiés comme ceux faits pour la conservation de la chose ; car les priviléges sont de stricte interprétation. Mais la doctrine s'accorde presque généralement à reconnaître que les ouvriers qui ont amélioré et façonné une chose et en ont ainsi augmenté la valeur, peuvent la *retenir* jusqu'à ce que le prix de leur travail et de leurs déboursés leur soit payé; mais qu'ils n'ont plus de privilége lorsqu'ils ont cessé de détenir la chose. (Troplong, *Hypothèques,* n° 176. Voy. Conf. Gand, 28 décembre 1867, B. J., t. 26, 1036; Cass. fr., 25 février 1878, D., 1878, 1, 302. *Contrà,* Laurent, XXIX, n° 297.)

1679. V. Le vendeur d'effets mobiliers a un privilége sur le prix de ces effets, s'ils sont encore en la possession du débiteur.

En ce qui concerne le privilége du vendeur, nous devons d'abord faire une distinction principale :

A. Il a vendu *sans terme.* Il peut exiger le payement au moment même de la délivrance (art. 1612, 1651); s'il a délivré la chose sans être payé, la loi lui donne deux moyens :

1° Il peut *revendiquer* la chose sous les trois conditions suivantes :

a. Que la chose se trouve encore en la possession de l'acheteur; c'est une conséquence de la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre »;

b. Qu'elle se trouve dans le même état que lors de la livraison; et

c. Que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison.

Si la revendication a été exercée, la vente est censée non avenue, et le vendeur reprend la propriété de sa chose libre et dégrevée de toute autre charge ou privilége. Mais pour que cet effet soit produit, il faut que l'*action ait été exercée* dans la huitaine;

Digitized by Google

une simple sommation ou opposition ne saurait suppléer à l'introduction de la demande en justice. (Douai, 18 décembre 1868, D., 1869, 2, 96.)

1680. Le terme de revendication est ici improprement employé; car, pour revendiquer une chose, il faut en être *propriétaire;* or, par le seul effet du consentement, le vendeur avait transmis la propriété à l'acheteur. Mais ce mot, comme le droit de revendication lui-même, est un vestige du droit romain suivi par l'ancienne jurisprudence, d'après lequel la propriété n'était transmise à l'acheteur qu'*après le payement* du prix, à moins que le vendeur n'eût suivi la foi personnelle de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il lui eût accordé crédit. C'est pour cette raison que la revendication n'a lieu que lorsqu'il y a vente *sans terme*.

Depuis que la jurisprudence française avait admis de plein droit le *pacte commissoire* ou la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques (t. III, nos 105, 106), la revendication était devenue inutile, mais elle n'en fut pas moins maintenue, peut-être par la seule force de la tradition; elle passa dans le code civil et dans la nouvelle loi hypothécaire. (Troplong, nos 191, 192.) Le *but* de la revendication est, comme le dit la loi, d'*empêcher la revente,* c'est-à-dire d'empêcher que l'effet ne sorte de la possession de l'acheteur.

1681. 2° Le second moyen de sécurité du vendeur, c'est un *privilége* sur le prix des effets mobiliers vendus, pourvu qu'ils soient encore dans la possession du débiteur; car il n'y a pas de droit de suite sur les meubles (art. 46). Il peut être exercé alors même que le vendeur a accordé terme à l'acheteur; mais il donne une sécurité moins grande que la revendication, puisqu'il est possible qu'avant le payement du prix cette chose ait été grevée d'*autres priviléges* préférables à celui du vendeur.

Ce privilége n'existait pas en droit romain; il est d'origine coutumière; l'article 177 de la coutume de Paris le consacre formellement, et il a été étendu à toutes les coutumes muettes.

1682. *B*. Il a vendu *avec terme;* il ne peut pas *revendiquer,* il a seulement le *privilége* de la manière et sous les conditions indiquées au numéro précédent.

1683. D'après l'article 1184, le pacte commissoire est sousentendu dans toutes les conventions synallagmatiques (t. III,

Digitized by Google

nos 105, 106). En vertu de cette disposition, le vendeur non payé pourrait donc demander la résiliation du contrat et rentrer dans la libre propriété de sa chose, même lorsqu'il aurait vendu avec terme, ou lorsqu'il serait déchu du droit de revendiquer par l'expiration du délai. La nouvelle loi exclut formellement cette faculté en statuant que la déchéance de l'action *revendicatoire* emporte également celle de l'action *en résolution*, à l'égard *des autres créanciers*, c'est-à-dire l'action résolutoire peut bien être intentée contre l'acheteur qui n'a pas payé, mais la résolution n'exerce ses effets qu'*entre les parties* et ne fait pas tomber les priviléges préférables à celui du vendeur. Cette disposition est rationnelle, parce que l'action en résolution a vis-à-vis des tiers l'effet de la revendication. La résolution n'a pas lieu alors même qu'elle aurait été formellement stipulée pour le cas de non-payement. Dans ce cas, la clause résolutoire expresse n'a pas plus d'effet que la condition résolutoire tacite. (Bruxelles, 8 août 1868, B. J., t. 26, 1306.)

En cas de faillite, le droit de résolution est régi par les articles 546 et 566 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, bien que l'action ait été intentée avant l'ouverture de la faillite. (Même arrêt.)

1684. Tout privilége doit se perdre par l'extinction de la chose qui en est frappée. Or, une chose mobilière perd son existence individuelle de *meuble* lorsqu'elle est devenue immobilière par destination ou par incorporation; le privilége doit donc cesser dans ces cas. Cela n'était pas douteux pour les meubles *incorporés* aux immeubles, mais la question était plus délicate pour les meubles devenus immeubles seulement par *destination*. La loi les a placés sur la même ligne. (Rapport au sénat sur l'art. 19.)

1685. La nouvelle loi fait de la règle qui précède une exception commandée par l'intérêt du commerce et de l'industrie; elle maintient le privilége pour la vente des machines et appareils employés dans les établissements industriels, même dans le cas où ces objets seraient devenus immeubles par destination ou incorporation. « Dans ce cas et pour ces objets », dit la loi « le privilége sera maintenu pendant deux ans à partir de la livraison; toutefois, il n'aura d'effet que pour autant que, dans la quinzaine de cette livraison, l'acte constatant la vente soit transcrit dans

Digitized by Google

un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel le débiteur aura son domicile, et, à défaut de domicile, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel le débiteur aura sa résidence. Le greffier du tribunal sera tenu de donner connaissance de cette transcription à toutes les personnes qui en feront la demande. La livraison sera établie, sauf la preuve contraire, par les livres du vendeur.

« En cas de saisie immobilière pratiquée sur les machines ou appareils, ou de faillite du débiteur déclarée avant l'expiration des deux années, le privilége continuera à subsister jusqu'après la distribution des deniers ou la liquidation de la faillite. »

La loi dit : « l'*acte constatant la vente* » ; de là il résulte que la transcription d'une facture acceptée remplit le vœu de la loi. (Liége, 28 février 1878, B. J., t. 36, 1349, P., 1878, 180.)

Ce principe avait déjà été admis dans la nouvelle loi sur la faillite du 18 avril 1851, art. 546.

Il importe de faire observer que le privilége du vendeur de machines et appareils dans les cas mentionnés, bien que limité à deux ans, est une exception favorable. Car, en cas de faillite, tout privilége du vendeur vient à cesser en principe (C. de com., art. 546, alin. 1er); pour les machines et appareils, il est maintenu pendant deux ans. De même, en cas d'immobilisation, le privilége s'éteint en principe ; pour les machines et appareils, il est conservé pendant deux ans.

1686. VI. Les *fournitures d'un aubergiste* sont privilégiées sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge. Ce privilége, puisé dans l'article 175 de la coutume de Paris, est fondé sur ce que l'aubergiste, obligé par sa profession à recevoir tous les voyageurs qui se présentent, sans pouvoir s'enquérir de leur solvabilité, serait souvent exposé à perdre le montant de ses fournitures s'il n'avait pas cette garantie. De plus, cette créance mérite faveur, puisqu'elle a pour cause des aliments. Le privilége n'existe que sur les effets *transportés dans l'auberge;* c'est une espèce de nantissement tacite qui repose sur la possession, et qui s'éteint dès que les effets des voyageurs sont *sortis* de l'auberge. Le privilége de l'aubergiste sur les effets transportés chez lui par une femme mariée s'étend même aux

Digitized by Google

objets qui sont la propriété personnelle du mari, si l'aubergiste ignorait cette circonstance. (Dijon, 11 juillet 1872, D., 1873, 2, 215.)

1687. VII. Sont privilégiés les *frais de voiture et les dépenses accessoires*, sur la chose voiturée, pendant que le voiturier en est saisi, et pendant les vingt-quatre heures qui suivront la remise au propriétaire ou au destinataire, pourvu qu'ils en aient conservé la possession. (Comparez code de commerce, art. 307.) Ce privilége a été introduit par les usages commerciaux.

Sous le code, il y avait controverse sur le point de savoir si le privilége continuait lorsque le voiturier s'était dessaisi de la chose voiturée. La nouvelle loi l'a maintenu pendant vingt-quatre heures, par le motif que la nécessité des vérifications s'oppose souvent à ce que le voiturier exige le payement au moment même de la remise (voy. C. de com., art. 105). (Rapport de la commission spéciale.)

Mais le privilége cesse, même pendant les vingt-quatre heures, si le destinataire n'est plus en possession de l'objet, parce que les meubles n'ont pas de suite.

Le privilége s'étend-il aux sommes dues au voiturier du chef de transports précédents? Non. La loi a résolu ce doute dans le sens de la spécialité du privilége, pour les frais seulement qui ont été faits pour amener la chose. (Rapport à la chambre et rapport au sénat. Bruxelles, 10 juin 1876, P. 1878, 330.)

1688. VIII. Les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions sont privilégiées sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être échus (art. 15).

III. DU RANG DES PRIVILÉGES MOBILIERS EN CAS DE CONCOURS ENTRE EUX (art. 21-26).

1689. Le code ne renferme que deux dispositions qui règlent le rang des priviléges, l'une, dans le cas de concours des priviléges généraux sur les meubles, l'autre, en cas de concours des priviléges généraux sur les meubles et les immeubles avec les priviléges spéciaux sur les immeubles (art. 2101, al. 3, et 2105). Mais il ne contient aucune classification du rang dans ces deux

Digitized by Google

cas très fréquents, savoir : 1° de concours des priviléges *généraux* sur les meubles avec les priviléges sur *certains* meubles, et 2° de concours entre eux des priviléges sur *certains* meubles.

Sur la classification en cas de concours des priviléges généraux sur les meubles avec les priviléges spéciaux sur certains meubles il y avait deux systèmes. Suivant l'un, professé par Maleville, Tarrible, Grenier, Favart de Langlade et Troplong, il faut donner la préférence aux priviléges généraux sur les priviléges spéciaux, par le motif que les premiers sont basés sur des considérations de haute moralité, tandis que les priviléges spéciaux ne sont fondés que sur des raisons de crédit particulier, et que ce qui est préféré dans l'ordre moral et dans l'ordre public doit être préféré dans l'ordre légal. Suivant l'autre, adopté par Persil, Pigeau et Dalloz, il faut préférer les priviléges spéciaux aux priviléges généraux, par le motif que celui qui a un privilége spécial, n'a consenti à devenir créancier que sous la condition d'une garantie spéciale et assurée, dont il serait injuste de le priver. Ainsi, par exemple, il serait injuste de forcer le créancier gagiste, qui détient un meuble, à céder le pas à des fournisseurs de subsistances, qui auraient pu ne vendre qu'au comptant.

La classification des priviléges spéciaux sur certains meubles n'offre pas moins de difficultés. On a même prétendu que ce classement serait inutile, dangereux et presque impossible; *inutile*, parce que tous ceux qui ont tenté de le faire sont arrivés à des résultats différents; *dangereux*, parce que, si le juge se trompe, c'est une erreur isolée et passagère, tandis que, si le législateur s'égare, l'injustice est générale et permanente; *presque impossible*, puisqu'on ne peut pas dresser une nomenclature complète de tous ces priviléges en assignant à chacun son rang dans *tous* les cas de concours possibles. (Rapport de la commission spéciale.)

1690. Le législateur de 1851 n'a adopté d'une manière absolue aucun des deux systèmes sur le classement en cas de concours des priviléges généraux avec les priviléges spéciaux. Il admet en règle que les priviléges généraux sont primés par les priviléges spéciaux (art. 26), mais cette règle souffre plusieurs exceptions importantes (art. 21-25). Le motif très juste sur lequel ces dispositions sont basées, c'est que le rang de ces priviléges

Digitized by Google

ne peut se déterminer que d'après le caractère plus ou moins favorable de la créance, et non pas d'après la généralité ou la spécialité des priviléges, parce que la généralité ou la spécialité des priviléges n'est pas la conséquence du *degré de faveur* que la loi attache à ces deux classes de priviléges, mais le résultat de la nature même des créances à raison desquelles les priviléges sont établis.

Quant au classement des priviléges spéciaux sur certains meubles, le législateur n'a pas prétendu prévoir tous les cas de concours possibles; mais « il a cru cependant que pour diminuer les décisions contradictoires et arbitraires, pour obtenir la fixité dans la jurisprudence et pour faire connaître autant que possible aux divers créanciers privilégiés l'étendue de leurs droits, il convenait de tracer quelques règles au juge pour déterminer la faveur de la cause qui doit déterminer la préférence aux priviléges mobiliers en cas de concours. » (Rapport de la commission spéciale, chap. IV, § 2, C., D.)

1691. Les dispositions de la loi sur le rang des priviléges mobiliers peuvent se résumer dans les règles qui suivent :

1. Les frais de justice priment toutes les créances dans l'intérêt desquelles ils ont été faits (art. 21).

2. Les priviléges *spéciaux* priment les priviléges *généraux* (art. 26).

3. La prime d'assurance pour deux annuités (L. du 11 juin 1874, art. 23; *suprà* n° 1666 *bis*.

4. Les frais faits pour la *conservation* de la chose priment les priviléges antérieurs, et ils priment, dans tous les cas, le privilége général compris dans les trois derniers numéros de l'article 19 (*suprà*, n° 1668).

1692. 5. Parmi les priviléges spéciaux, la loi donne en règle la préférence à ceux établis sur une chose dont le créancier est *nanti*, ou dont il est censé nanti.

Ainsi, le créancier *gagiste*, l'*aubergiste* et le *voiturier* sont préférés au vendeur de l'objet mobilier qui leur sert de gage, *à moins qu'ils n'aient su, en le recevant, que le prix en était encore dû.*

Et, par la même raison, le privilége du *vendeur* ne s'exerce qu'*après* celui du *bailleur* de la maison ou de la ferme, à moins que, lors du transport des meubles dans les lieux loués, le ven-

Digitized by Google

deur *n'ait fait connaître au bailleur* (il ne suffit donc pas que le bailleur *ait su*) que le prix n'en avait pas été payé. (Différence entre les alin. 1 et 2 de l'art. 23.) Car les objets introduits dans les lieux loués sont à l'instant frappés du privilége du bailleur, et la connaissance ultérieure que le prix en était encore dû ne peut pas lui ravir ce privilége, sur lequel il a dû compter pour sûreté de sa créance. Le vendeur qui consent à l'introduction de meubles non payés dans les lieux loués est présumé, par cela même, consentir à ce que ces meubles soient frappés du privilége, à moins qu'il ne manifeste l'intention contraire. (Rapport de la commission de la Chambre. Bruxelles, 11 novembre 1836.) La preuve de la connaissance donnée au bailleur doit se faire par écrit si l'objet excède 150 francs. Le bailleur est en quelque sorte considéré comme nanti des objets qui se trouvent dans les lieux loués (art. 23). Toutefois, cette dernière règle souffre une modification en ce qui concerne les sommes dues pour les semences et pour les frais de la récolte de l'année, et celles dues pour ustensiles servant à l'exploitation. Les premières sont payées sur le prix de la récolte, les dernières sur le prix de ces ustensiles, de préférence au bailleur *dans l'un et l'autre cas*, c'est-à-dire que le bailleur ait su ou ignoré que le prix en était encore dû (art. 24).

1693. 6. Il y a une disposition particulière en ce qui concerne le privilége des *frais funéraires*. Quoique *général*, il l'emporte sur les priviléges *spéciaux*, à l'exception du privilége des frais faits postérieurement pour la conservation de la chose, et de quelques-uns des priviléges de l'objet desquels le créancier est nanti. Ainsi, ce privilége est postposé à celui de l'*aubergiste*, du *voiturier* et du créancier *gagiste*.

Toutefois, si le privilége des frais funéraires ne s'exerce pas directement au préjudice du créancier gagiste, de l'aubergiste ou du voiturier, mais au préjudice du vendeur, en d'autres termes, dans le cas où le vendeur a la priorité sur l'aubergiste, le voiturier ou le gagiste par le motif que ces personnes savaient que le prix de la chose était encore dû (n° 1692, 5°), il sera lui-même primé par les frais funéraires (art. 25).

7. Le privilége du trésor public pour le payement du droit de succession (voy. *suprà*, n° 1670 *bis*).

Digitized by Google

SECTION III.

DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES. (Art. 27, 28.)

1694. Il n'y a pas de priviléges *généraux* uniquement sur les immeubles. Nous avons vu que les frais de justice faits dans l'intérêt de tous les créanciers sont privilégiés à la fois sur les meubles et les immeubles, et qu'il en est de même des créances énumérées dans l'article 19, sauf que ces dernières ne priment pas les créanciers hypothécaires. (*Suprà*, n° 1670.)

1695. Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

1° Le *vendeur*, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix.

Le droit romain n'accordait ni privilége ni hypothèque tacite au vendeur. Mais le créancier dont l'argent avait servi à *acquérir* ou à améliorer une chose et le vendeur lui-même pour sûreté du prix de la vente dont *il avait fait crédit, s'ils s'étaient fait constituer une hypothèque au moment du prêt ou de l'acquisition,* avaient sur cette chose un droit de préférence ou une hypothèque *privilégiée* sur les autres créanciers de l'acquéreur ayant des hypothèques générales, même *antérieures,* sur les biens de ce dernier. (L. 7, C., *Qui potiores*, 8, 18 : l. 17, C., *De pignoribus*, 8, 18; *Nov*. 97, c. 3 et 4; arg. fr. 2, D., *De rebus eorum qui sub tutela*, 27, 9, et l. 8, C., *Qui potiores*, 8, 18. Maynz, *Cours de droit romain*, § 163, 1°.) Cependant, plusieurs anciens jurisconsultes français soutenaient que le droit romain accordait au vendeur un privilége même sans stipulation expresse, et cette opinion est devenue la jurisprudence des parlements depuis 1660 jusqu'au moment où les auteurs du code l'ont érigée en loi. (Troplong, *Des priviléges et hypothèques*, n°s 181-184.)

1696. 2° Les *copermutants*, sur les immeubles réciproquement échangés, pour le payement des soultes et retours, et aussi de la somme fixe qui serait déterminée par l'acte à titre de dommages et intérêts dans le cas d'éviction.

Sous le code, la question de savoir si le privilége du vendeur

Digitized by Google

s'étendait également à l'échangiste sur l'immeuble donné en échange pour le payement de la soulte, était controversée. La nouvelle loi a décidé cette controverse.

1697. 3° Le *donateur*, sur l'immeuble donné, pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire. Ce privilége aussi a été introduit par la nouvelle loi hypothécaire belge. Il appartient également au tiers, même étranger au contrat, en faveur duquel le donataire a été soumis à une charge. (Rapport de la commission de la chambre. Voy. C. civ., art. 1121, et t. III, nos 49, 50.)

1698. 4° Les *cohéritiers* ou *copartageants* peuvent avoir trois espèces différentes de priviléges, savoir :

A. Pour le payement des soultes ou retours de lot, sur tous les immeubles compris *dans le lot chargé de la soulte*, à moins que, dans l'acte de partage, le privilége n'ait été restreint à un ou plusieurs de ces immeubles.

La nouvelle loi *restreint* ce privilége aux immeubles *tombés dans le lot grevé* de la soulte, au lieu de le laisser subsister sur *tous* les immeubles de la succession.

B. Pour le payement du prix de la licitation, sur le *bien licité*. Au fond, c'est le même que le privilége du vendeur.

Ce privilége a lieu pour la *totalité du prix* de la licitation et non pas seulement pour la partie pour laquelle le cohéritier adjudicataire n'est pas copropriétaire de l'immeuble licité. (Voy., sur cette question, le jugement du tribunal de Turnhout, du 4 mars 1858, B. J., t. 16, 1214 et la note.)

C. Pour la garantie établie par l'article 884 du code civil, sur *tous* les immeubles compris dans le lot des garants, à moins que l'acte de partage ne restreigne le privilége à *une partie* de ces immeubles. Ce privilége n'a lieu qu'autant que l'acte de partage contient la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction.

Cette disposition supprime le privilége indéterminé accordé par le code pour la *garantie du partage* en général. Il était dangereux et destructif du crédit de maintenir un privilége pour la conservation d'une créance incertaine quant à son existence, et indéterminée quant à sa valeur et sa durée. C'est pourquoi la loi exige la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction.

Le privilége des cohéritiers, admis dans l'ancienne jurispru-

Digitized by Google

dence, qui l'appelait quelquefois du nom d'hypothèque tacite ou légale, avait été passé sous silence dans la loi du 11 brumaire an VII.

1699. 5° Les entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers employés pour défricher des terres ou dessécher des marais, pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel les biens sont situés, il ait été dressé *préalablement* un procès-verbal, *les créanciers inscrits dûment appelés*, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office.

Mais le montant du privilége ne peut excéder *les valeurs constatées par le second procès-verbal*, et il se réduit *à la plus-value existante* à l'époque de l'aliénation de l'immeuble, et résultant des travaux qui y ont été faits.

L'intérêt de l'agriculture réclamait l'extension du privilége de l'*architecte* aux entrepreneurs et ouvriers employés au dessèchement des marais.

La loi exige que les créanciers hypothécaires aient été dûment appelés pour assister à la confection du premier procès-verbal, afin qu'ils puissent sauvegarder leurs droits, qui pourraient être compromis par la rétroactivité du privilége, si des ouvrages déjà existants et grevés de l'hypothèque n'étaient pas mentionnés, et s'ils étaient portés dans le second procès-verbal comme étant faits par l'architecte, ou bien si l'on exagérait la plus-value créée par les nouveaux travaux réellement exécutés.

Ce privilége a son origine dans le droit romain. D'après un sénatus-consulte de l'empereur Marc-Aurèle, celui qui a prêté de l'argent pour la *reconstruction* d'une maison a une hypothèque légale et tacite pour cette somme sur la maison et sur le terrain où elle est bâtie; fr. 1, D., *In quibus causis pignus vel hypotheca*, 20, 2. Le principe de cette hypothèque tacite, qui n'avait lieu chez les Romains que pour la *reconstruction* d'un édifice détruit, fut généralisé par l'ancienne jurisprudence française et appliqué

Digitized by Google

à toutes espèces de travaux. La formule du code civil est la reproduction de cette jurisprudence, élargie encore par la nouvelle loi hypothécaire. (Troplong, n° 242.)

1700. Les cinq priviléges qui viennent d'être énumérés reposent tous sur le principe que celui qui a été la cause directe de l'augmentation du patrimoine du débiteur doit être remboursé de préférence sur la valeur, encore reconnaissable et existant en nature, des choses dont il a augmenté ce patrimoine. Ainsi, par exemple, sans la vente, l'immeuble ne serait pas entré dans le patrimoine de l'acheteur et n'aurait pas augmenté le gage de ses créanciers. Il est donc juste que celui qui a créé le gage soit payé le premier sur sa valeur. La soulte due au copermutant ou au copartageant peut être considérée comme une partie du prix non payée. Car le copartageant qui doit une soulte a reçu en immeubles au delà de sa part de copropriété; il est acheteur pour cet excédant. Sans la donation, l'immeuble donné ne ferait pas partie du gage des créanciers du donataire; il est donc juste que le donateur ait un privilége pour garantie des prestations imposées au donataire. Sans les travaux exécutés par l'architecte, l'immeuble n'aurait pas eu une valeur plus grande; cette augmentation de valeur doit être, avant tout, la garantie de celui qui l'a créée. Mais aussi le privilége s'arrête à la plus-value; l'étendre au delà, ce serait lui donner un effet rétroactif et porter atteinte au droit acquis des créanciers hypothécaires.

1701. 6° Aux priviléges qui précèdent il faut encore ajouter celui des créanciers d'une succession de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers personnels de l'héritier (C. civ., art. 878-880; loi hypoth., art. 39).

1702. La loi hypothécaire de 1851 a introduit, en ce qui concerne l'*action résolutoire,* des modifications importantes qui se rattachent au privilége du vendeur.

D'après le code, le vendeur pouvait faire inscrire son privilége tant que le bien vendu était entre les mains de l'acquéreur, et même dans la quinzaine après la transcription de la revente : faute de ce faire, il était déchu de son privilége. Mais les droits des acquéreurs ultérieurs et des créanciers hypothécaires postérieurs à la première vente n'en étaient pas moins exposés à être anéantis; car si le prix n'avait pas été payé, le vendeur (le pre-

Digitized by Google

mier, le second, etc.) pouvait, en vertu des articles 1184 et 1654, intenter l'action résolutoire contre tout détenteur et indépendamment de toute hypothèque ou privilége; il pouvait exercer cette action quand même le privilége ou l'hypothèque avait été perdu faute d'inscription. Par suite de l'effet rétroactif de cette action, toutes les aliénations et toutes les hypothèques consenties par l'acquéreur venaient à tomber. Les dispositions de l'article 28 de la nouvelle loi sont le complément nécessaire du principe de la publicité des priviléges et hypothèques. Elles sont entièrement neuves.

« L'action résolutoire de la vente, établie par l'article 1654 », y est-il dit, « et l'action en reprise de l'objet échangé, établie par l'article 1705 du code civil, ne peuvent être exercées au préjudice ni du créancier inscrit, ni du sous-acquéreur, ni des tiers acquéreurs de droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilége établie par l'article 27. »

La même règle s'applique à l'action en révocation fondée sur l'inexécution des conditions qui auraient pu être garanties par le privilége.

Nous avons vu que l'article 20, n° 5, applique le même principe au privilége du vendeur d'un effet mobilier (*suprà*, n° 1683).

1703. Après avoir restreint l'*exercice* même de l'action résolutoire, la loi en limite les *effets* par les deux dispositions suivantes :

« Dans le cas où le vendeur, l'échangiste, le donateur exerceraient l'action résolutoire, les tiers pourront toujours arrêter ses effets, en remboursant au demandeur le capital et les accessoires conservés par l'inscription du privilége, conformément à l'article 87 de la présente loi, c'est-à-dire trois années d'intérêts et les frais. » Cette disposition ne s'applique pas au cas où la résolution a lieu de plein droit en vertu d'une clause résolutoire expresse contenue dans l'acte de vente. (Brux., 2 déc. 1868, P. 1869, 257.)

« Les sommes que le vendeur ou le copermutant pourrait être condamné à restituer par suite de l'action en résolution ou en reprise, seront affectées au payement des créances privilégiées ou hypothécaires qui perdraient ce caractère par suite de l'une ou de l'autre de ces actions, et ce d'après le rang que ces créances

Digitized by Google

avaient au moment de la résolution de la vente ou de l'échange. »

Cette dernière disposition est une nouvelle application de la règle *Pretium succedit in locum rei*, dont nous avons vu un premier exemple dans l'article 10. (*Suprà*, n° 1662.)

SECTION IV.

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÉGES (art. 29-40).

I. DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

1704. Les priviléges sur les meubles, à l'exception de celui du vendeur d'une machine ou d'un appareil employé dans un établissement industriel (n° 1685), se conservent par eux-mêmes et sans aucune inscription ni publicité. Car cette inscription serait inutile tant qu'on n'établirait pas le droit de suite sur les meubles. Ce droit n'existant pas en règle générale, il dépendrait donc du débiteur lui-même d'anéantir le privilége par l'aliénation de la chose qui en serait frappée. La non-publicité du privilége ne peut porter aucun préjudice au tiers qui veut acquérir une chose mobilière ou se la faire délivrer à titre de gage, puisque le privilége dont elle pourrait être affectée vient à cesser par cette aliénation même.

II. DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES.

A. *Règle générale.*

1705. Pour être exercé contre le *débiteur* et *sur l'immeuble même* qui en est grevé, il n'est pas nécessaire que le privilége soit rendu public. Le créancier peut exercer ses poursuites sur le bien qui y est soumis, de préférence à tous les autres biens de son débiteur. Mais, pour produire de l'effet à l'égard *des tiers*, il faut que le privilége soit *inscrit*. C'est là le sens des mots « *entre les créanciers* » dans l'article 29, portant : « Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des

Digitized by Google

immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, à l'exception des priviléges des frais de justice. »

La loi de 1851, consacrant en cette matière le principe de la plus large publicité, a pris pour base de son système la règle : *Nul privilége sans inscription*. Toute personne, si elle veut s'en donner la peine, peut prendre connaissance de toutes les charges dont sont grevés les immeubles situés en Belgique ; on peut donc exactement s'informer des garanties immobilières qu'offre celui avec qui l'on veut traiter. On ne risque pas de rencontrer une hypothèque ou un privilége occulte ou non inscrit ; faute de cette inscription dans les registres publics, le privilége n'existe pas pour celui à qui son existence pourrait porter préjudice.

1706. La loi fait une exception à cette règle pour *les frais de justice*. Mais, à la rigueur, cette exception n'en est pas une ; car les *seuls* frais de justice privilégiés sont ceux qui ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers. Or, tous les créanciers les connaissent et savent d'avance quels peuvent être ces frais et qu'ils sont privilégiés. D'ailleurs, ce privilége n'a, en général, pour objet que des sommes relativement minimes, et il serait trop gênant de les astreindre à l'inscription.

Il faut remarquer que les priviléges généraux sur les meubles, énumérés aux numéros 2, 3, 4 et 5 de l'article 19, ne sont pas non plus soumis à l'inscription pour s'exercer contre les créanciers chirographaires, conformément à ce qui a été dit au n° 1670.

Le privilége de l'assureur sur la chose assurée est aussi dispensé de toute inscription (loi du 11 juin 1874, art. 23). (Voy. *suprà*, n° 1666 *bis*.)

B. *Spécialement du mode de conserver les divers priviléges.*

1. DU PRIVILÉGE DU VENDEUR, DU COPERMUTANT, DU DONATEUR ET DU COPARTAGEANT.

1707. 1° « Le vendeur conserve son privilége par la *transcription du titre* qui a transféré la propriété et qui constate que la *totalité ou partie du prix lui est* due » (art. 30).

Digitized by Google

« Les copermutants conservent réciproquement leur privilége sur les immeubles échangés, par la *transcription* du contrat d'échange constatant qu'il leur est dû des soultes, retours de lots ou une somme fixe à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction » (art. 31).

« Le donateur conserve son privilége pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire, par la *transcription* de l'acte de donation constatant lesdites charges et prestations » (art. 32).

« Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége, par la *transcription* de l'acte de partage ou de l'acte de licitation » (art. 33).

1708. Pour bien expliquer la portée de ces dispositions, il faut entrer dans quelques développements historiques.

Nous avons vu, au n° 1614, que d'après l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII, les actes translatifs de propriété n'avaient d'effet à l'égard des tiers que par la *transcription*. Or, si cet acte translatif constatait qu'il était dû au précédent propriétaire ou à ses ayants cause, soit la totalité ou partie du prix, la transcription conservait à ceux-ci le droit de préférence sur les biens aliénés (art. 29 de la même loi). Ainsi la transcription, en même temps qu'elle opérait le transfert de la propriété, faisait naître au profit du vendeur le privilége et en révélait l'existence aux tiers. Ceux-ci ne pouvaient donc jamais ignorer le privilége du moment qu'ils avaient pris connaissance du titre d'acquisition du nouveau propriétaire.

L'article 2108 du code civil, portant que le vendeur conserve son privilége par la transcription du titre de vente, a reproduit la disposition de l'article 29 de la loi de brumaire; mais le code, d'une part, n'exige plus la transcription pour que la transmission de la propriété soit valable à l'égard des tiers, et, d'autre part, il ne prescrit pas de délai dans lequel l'acte de mutation devrait être transcrit pour conserver le privilége du vendeur; ce dernier pouvait donc faire transcrire *quand il voulait*.

L'inconvénient le plus palpable de cette législation était celui-ci : si l'acquéreur avait consenti des hypothèques sur l'immeuble dont le titre d'acquisition n'était pas transcrit, ces hypothèques pouvaient à tout instant être primées par le privilége du

Digitized by Google

vendeur, dès que ce privilége était transcrit; la transcription avait un effet rétroactif, et cette rétroactivité pouvait être très longue, puisque la transcription n'était astreinte à aucun délai. Mais l'acte devait constater que le prix était encore dû (art. 2108).

Mais ce n'était pas la seule difficulté; ainsi, on se demandait si le vendeur pouvait encore exercer son privilége sur le bien vendu lorsque l'acheteur, qui n'avait pas payé le prix et qui n'avait pas fait transcrire son titre, avait revendu le bien à un autre, qui avait fait transcrire après avoir payé son prix? Cette question était très controversée.

1709. La loi de 1851 est revenue au système de la loi du 11 brumaire an VII; elle exige la transcription pour que le vente puisse être opposée aux tiers. Dès lors, le tiers ne peut plus être lésé comme sous le code, à moins de traiter ses intérêts avec la plus grande incurie. « En effet, supposons », dit le rapport fait au sénat sur les articles 29 à 32, « une vente non transcrite, et dont le prix soit encore en partie dû : le privilége ne peut pas exister tant que la vente elle-même n'existe pas à l'égard des tiers : elle ne sera complète que par la transcription. *Avant l'accomplissement de cette formalité,* personne n'a pu en sécurité traiter, avec l'acheteur, d'aucun droit relatif à l'immeuble; celui à qui il aurait voulu vendre, celui à qui il aurait voulu hypothéquer, lui aurait nécessairement demandé de consolider sa propriété par la transcription; alors, *à l'instant le privilége serait apparu, et aurait nécessairement primé toutes les charges* dont, avant la transcription, l'acheteur aurait pu grever l'immeuble. Il n'y a donc aucune crainte de lésion, ni pour les tiers, ni pour le vendeur. »

Ainsi, on ne peut pas sortir de cette alternative : ou bien, celui qui veut traiter au sujet d'un immeuble a examiné les titres transcrits du propriétaire, et alors il doit *nécessairement* avoir vu le privilége du vendeur; ou il ne les a pas examinés, alors c'est par sa propre faute qu'il s'expose à un dommage.

1710. Il importe peu que ce soit l'acheteur ou le vendeur qui ait requis la transcription; c'est ordinairement l'acheteur qui la poursuit, parce qu'il a intérêt à régulariser le plus tôt possible son titre d'acquisition; mais, dans le cas où le prix n'est pas

Digitized by Google

encore payé, le vendeur y a autant d'intérêt, afin de conserver son privilége.

Mais, pour conserver le privilége, il est *essentiel* de mentionner, dans le titre translatif de propriété, *que le prix* ou *qu'une partie du prix* est encore due. C'est une conséquence du principe de la *spécialité* des priviléges et hypothèques (art. 80, 83, 4°).

1711. La règle qui veut que les actes translatifs de propriété soient transcrits pour être opposés aux tiers (n[os] 1640-1642), fait-elle obstacle à ce que l'acquéreur consente une hypothèque sur l'immeuble acquis, ou l'aliène même avant la transcription de son acte? Cette question était controversée déjà sous la loi du 11 brumaire an VII. Les auteurs qui la décident négativement disent que le vendeur reste, à l'égard des tiers, propriétaire du fonds jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation; que, par conséquent, l'acquéreur, n'étant pas encore propriétaire, n'a pu l'aliéner ni hypothéquer. Mais ce raisonnement n'est pas juste. Il est bien vrai que l'acte d'aliénation ne peut être opposé *aux tiers* avant la transcription; mais il peut toujours être opposé au vendeur qui l'a consenti, et ce dernier ne peut se prévaloir du défaut de transcription de *son propre acte*. En d'autres termes : l'acte non transcrit ne peut *être opposé* au tiers, qui n'y était pas partie, mais le *tiers peut* opposer à quelqu'un *son propre acte*. Entre le vendeur et l'acheteur, la propriété se transmet par le seul consentement. De là il résulte que, vis-à-vis du vendeur, les actes de propriété posés par l'acquéreur sont valables.

Donc, l'hypothèque consentie par l'acquéreur avant la transcription de son titre est valable vis-à-vis du vendeur; mais dès que le privilége de ce dernier aura été transcrit, il exercera un *effet rétroactif* au jour du contrat et *primera cette hypothèque;* car il est de l'essence du privilége de primer toutes les autres créances, même hypothécaires (art. 12; n° 1649). On n'a pas même besoin d'invoquer la *rétroactivité*, la *préférence* résulte de l'article 12. (Cass. fr., 6 mai 1868, D., 1868, 1, 316, et 4 août 1873, D., 1874, 1, 25.) Le créancier hypothécaire n'a pas à s'en plaindre; pourquoi a-t-il accepté une hypothèque sans examen des titres de propriété, qui lui auraient révélé l'existence du privilége. Dans le même sens, mais pour d'autres motifs, se prononce M. Laurent, t. XXX, n[os] 86 et suiv.

Digitized by Google

1712. Le vendeur peut faire transcrire son privilége tant que *le bien vendu se trouve entre les mains de l'acquéreur, c'est-à-dire tant que ce dernier ne l'a pas aliéné et que le titre de cette aliénation n'a pas été transcrit*. Postérieurement à cette inscription, *aucune inscription* ne peut plus être prise sur les précédents propriétaires, dit l'article 112 en abolissant l'article 834 du code de procédure civile, lequel permettait la transcription ou l'inscription du privilége sur le précédent propriétaire encore pendant la quinzaine depuis la transcription de l'acte d'aliénation. *Avant* la transcription du titre du sous-acquéreur, ce dernier n'est pas censé être propriétaire du fonds vis-à-vis du premier vendeur, qui est un tiers pour lui; le premier vendeur peut donc faire transcrire son privilége contre son acquéreur; c'est la transcription du titre du second acquéreur qui le dépouille de ce droit.

Il résulte de ce qui précède que celui qui a vendu à crédit doit mettre beaucoup d'empressement à faire transcrire son titre; sinon, il risque d'être dépouillé de sa propriété et de toutes ses garanties par une revente promptement exécutée et immédiatement transcrite. Le vendeur a un moyen sûr de se mettre à couvert de ces risques, c'est de stipuler que *la transmission de la propriété sera subordonnée à la condition suspensive de la transcription de son acte de vente*. (Martou, n° 642.)

1713. Les règles concernant le vendeur s'appliquent également au copermutant, au donateur qui a imposé des charges au donataire et au copartageant.

1714. Nous avons vu, au n° 1705, qu'entre les créanciers les priviléges ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont *inscrits* sur les registres du conservateur des hypothèques. Toutefois, la seule *transcription* du titre vaut *inscription* pour le vendeur, le copermutant, le donateur, l'héritier ou le copartageant (art. 34). Cette transcription donne au privilége une publicité suffisante, ainsi que nous l'avons vu au n° 1709. Il n'y a qu'un homme très négligent qui puisse ne pas le connaître. De plus, cette règle est commandée par l'intérêt du vendeur, du copermutant, etc.; car, si le privilége n'était pas conservé par la *seule transcription*, s'il fallait encore l'inscription aux registres hypothécaires, il pourrait y avoir un intervalle entre la transmission de propriété et la

Digitized by Google

constatation du privilége, et, pendant cet intervalle, une autre hypothèque pourrait être établie sur le même immeuble avec priorité de rang, et c'est précisément ce que la loi veut empêcher.

1715. Mais pour donner au privilége une publicité plus grande encore, le conservateur des hypothèques est tenu, sous peine de dommages-intérêts envers les tiers, de *faire d'office, au moment de la transcription,* l'inscription sur son registre :

1° Des créances résultant de l'acte translatif de propriété;

2° Des soultes ou retours de lots résultant de l'acte d'échange. Cette inscription comprendra la somme stipulée à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction.

3° Des charges pécuniaires et autres prestations liquides résultant de l'acte de donation;

4° Des soultes et retours résultant de l'acte de partage ou de licitation.

Cette inscription énoncera, s'il en a été fait, les stipulations relatives à la garantie en cas d'éviction (art. 35).

L'*inscription* du privilége, ordonnée déjà par l'article 29 de la loi du 11 brumaire an VII et par l'article 2108 du code civil, a été maintenue par la loi de 1851, comme une mesure d'ordre destinée à compléter les registres des inscriptions et à simplifier les recherches des intéressés; mais elle n'est pas *nécessaire pour conserver* le privilége; de sorte que, si le conservateur des hypothèques négligeait de la faire, le créancier investi de ce privilége ne l'en conserverait pas moins par *la seule transcription* de l'acte translatif de propriété, laquelle atteste que le prix n'a pas été payé en entier et avertit suffisamment le public. Les parties ne doivent pas être victimes de la négligence d'un fonctionnaire. (Rapport au sénat.)

De là il résulte 1° que l'inexactitude de l'*inscription* ne nuit pas au privilége régulièrement *transcrit ;* 2° que par le défaut d'inscription le conservateur des hypothèques n'encourt pas de responsabilité envers le créancier muni du privilége, puisque ce défaut ne lui porte aucun préjudice, mais bien envers le tiers qui a pu être induit en erreur. Le conservateur ne peut pas prendre d'*office* inscription pour un prêt ajouté à l'acte de vente. (Courtrai, 23 juin 1860, B. J. t. 19, 340; Cass., 29 mai 1863. P. 1863, 212.)

1716. Le vendeur, les copermutants, le donateur, les cohé-

Digitized by Google

ritiers ou copartageants pourront, par une clause formelle de l'acte, dispenser le conservateur de prendre l'inscription d'office.

Dans ce cas, ils seront déchus du privilége et de l'action résolutoire ou en reprise, mais ils pourront prendre, en vertu de leur titre, une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à sa date (art. 36).

Cette dispense entraîne l'*extinction du privilége* par suite de la *renonciation* du créancier. Mais ce dernier, s'il n'est pas payé, peut toujours, sans une nouvelle convention et contre la volonté de son débiteur, prendre une inscription hypothécaire, laquelle toutefois n'aura pas d'effet rétroactif.

1717. Le conservateur des hypothèques ne doit faire l'inscription d'office qu'une fois. Après quinze ans, les inscriptions des priviléges devront être renouvelées *par les créanciers*, en conformité de l'article 90. A défaut de renouvellement, ceux-ci n'auront plus qu'une hypothèque, qui ne prendra rang que du jour de son inscription (art. 37).

Cette disposition, qui est la reproduction d'un avis du conseil d'Etat du 22 janvier 1808, est très importante, surtout pour la conservation de l'action résolutoire .(*Suprà*, n° 1702.)

Si l'inscription n'avait pas été faite lors de la transcription, la transcription ne vaudrait inscription que pour le temps pendant lequel l'inscription même aurait conservé le privilége; au bout de quinze ans, le créancier devra donc *faire inscrire*, s'il veut conserver son privilége, comme il aurait dû renouveler son inscription si elle avait été faite lors de la transcription. (Rapport au sénat sur l'art. 37.) La loi de 1851 ne fixe pas un délai pour la transcription. Mais il résulte de l'article 37 que la *transcription* doit être faite au plus tard dans les quinze ans ; autrement, on arriverait à ce résultat singulier, que le vendeur pourrait conserver son privilége plus longtemps en *ne faisant pas transcrire* son acte, qu'en le faisant transcrire, puisque, dans ce dernier cas, il s'éteint par quinze ans s'il n'est pas renouvelé.

2. DU PRIVILÉGE DE L'ENTREPRENEUR, ARCHITECTE, ETC.

1718. Les entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers employés pour faire les ouvrages dont il est question à l'article 27 (*suprà*, n° 1699), conservent : 1° par l'inscription faite, *avant le*

Digitized by Google

commencement des travaux, du procès-verbal qui constate l'état des lieux (Lyon, 11 février 1869, D. 1874, 5, 405), et 2° par celle du second procès-verbal faite dans la *quinzaine de la réception* des ouvrages, leur privilége à la date du *premier* procès-verbal.

Après ce dernier délai, ils n'auront qu'une hypothèque qui ne prendra rang que du jour de l'inscription, et pour la plus-value seulement (art. 38).

En ordonnant que le *premier procès-verbal,* qui constate l'état des lieux, soit inscrit *avant le commencement des travaux*, la nouvelle loi a modifié l'article 2110 du code civil et rétabli la disposition de l'article 13 de la loi du 11 brumaire an VII. « De cette manière », dit le rapport de la commission spéciale, « les intérêts des créanciers hypothécaires *antérieurs* ne pourront plus être lésés, car ils doivent être appelés à la confection du premier procès-verbal pour veiller à la conservation de leurs droits, et les entrepreneurs doivent se contenter de la plus-value. Quant aux créanciers hypothécaires *postérieurs,* c'est-à-dire ceux qui voudraient prendre inscription pendant le cours des travaux, ils ne pourront plus être trompés, parce qu'ils seront avertis, par l'inscription du premier procès-verbal, que les améliorations que l'immeuble va recevoir doivent servir de gage au privilége des architectes. »

1719. L'article 38 introduit une seconde innovation en fixant la *quinzaine de la réception des travaux* pour l'inscription du second procès-verbal. Le privilége devant *rétroagir* à la date du premier procès-verbal, il était convenable d'accélérer autant que possible l'accomplissement des devoirs nécessaires pour rendre publique la charge dont l'immeuble est grevé. (Rapport au sénat.)

3. DU PRIVILÉGE DE SÉPARATION DES PATRIMOINES.

1720. Les créanciers et légataires ayant, aux termes de l'article 878 du code civil, le droit de demander la séparation des patrimoines, conservent ce droit à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, sur les immeubles de la succession, par l'inscription prise sur chacun de ces immeubles, dans les *six mois de l'ouverture de la succession.*

Jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie sur ces biens, ni *aucune aliénation* en être consentie

Digitized by Google

par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice des créanciers et légataires (art. 39).

La loi fixe pour l'inscription un délai de *six mois* et n'exige pas la publicité de la séparation des patrimoines au moment même où ce droit est né, parce que les créanciers de la succession et les légataires peuvent avoir ignoré le décès pendant quelque temps. Un délai était nécessaire pour ne pas rendre leur droit illusoire.

1721. Sous le code, il y avait une grande anomalie. L'article 2111 défend d'établir sur les biens du défunt *des hypothèques* dans les six mois de l'ouverture de la succession. Aux termes de l'article 880, l'action en séparation de patrimoine peut être exercée à l'égard des immeubles, tant qu'ils existent entre les mains de l'héritier ; elle ne le peut donc plus quand ils sont aliénés. Mais aucune disposition ne défendait l'*aliénation*. De là, controverse sur la question de savoir si l'héritier à qui la loi défend d'hypothéquer, pouvait aliéner avant les six mois. L'article 39 fait disparaître cette anomalie en défendant aux représentants du défunt d'*aliéner* et d'hypothéquer.

Sous le code, on s'était demandé si l'inscription était nécessaire lorsque la succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cette question doit être résolue affirmativement.

La nouvelle loi n'a rien changé aux délais dans lesquels la séparation de patrimoine peut être demandée.

C. *Règle commune à tous les priviléges sur les immeubles.*

1722. Les cessionnaires des diverses créances privilégiées sur les immeubles et les personnes qui y sont légalement ou conventionnellement subrogées exercent les mêmes droits que les cédants ou les subrogeants en leur lieu et place, en se conformant aux dispositions exposées aux numéros 1632-1634 (art. 34, 40; code civil, art. 1250, 1692; *suprà,* t. III, nos 184, 187, 1084).

III. DISPOSITIONS TRANSITOIRES RELATIVES AUX PRIVILÉGES.

1723. La loi hypothécaire, publiée dans le *Moniteur* du 22 décembre 1851, est devenue exécutoire à partir du 1er janvier 1852. Les priviléges existant avant cette époque indépendam-

Digitized by Google

ment de l'inscription, ou ayant par suite de l'inscription un effet rétroactif au jour où ils ont pris naissance, tel que le privilége du vendeur (C. civ., art. 2108) ont conservé cet effet ; mais, pour le conserver, la nouvelle loi les a soumis à la formalité de l'inscription dans les six mois à partir du jour où la loi est devenue exécutoire (art. 2, 3), donc avant le 1[er] juillet 1852. S'ils ont été inscrits avant cette époque, ils conservent le rang que leur assignaient les lois antérieures. S'ils n'ont été inscrits qu'après, ils sont considérés comme de simples hypothèques, prenant rang du jour de l'*inscription.*

Cette disposition est importante, surtout en ce qui concerne l'action résolutoire fondée sur l'article 1184 du code civil (nouvelle loi, art. 28, et *suprà*, n° 1702). L'action résolutoire, quoique née sous l'empire des lois antérieures, ne peut plus être intentée contre les tiers détenteurs, si le privilége du créancier n'a pas été inscrit dans les six mois, depuis que la loi est devenue obligatoire.

1724. Les autres priviléges existant sur les immeubles, c'est-à-dire ceux de l'article 2101, n°s 2 à 5, ou de l'article 19, n°s 2 à 5 de la nouvelle loi hypothécaire, ont dû être inscrits dans l'année, c'est-à-dire avant le 1[er] janvier 1853 (art. 1[er]) ; et quand même ces priviléges frapperaient tous les immeubles et qu'ils auraient lieu pour une créance indéterminée, l'inscription doit contenir le montant du capital et des accessoires des créances, ainsi que l'indication spéciale de la nature et de la situation des immeubles sur lesquels l'inscrivant veut conserver son privilége (Disp. transit., art. 1, 9 ; — Loi hypoth., art. 83, n°s 4, 5).

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

NOTION, CONDITIONS REQUISES ET DIFFÉRENTES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES.

1725. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (art. 41).

Digitized by Google

Elle n'a lieu que dans les cas et suivant les formes établies par la loi (art. 42); car elle crée au profit du créancier une position exceptionnelle, une préférence, un véritable privilége. Il faut donc que les conditions de cette préférence soient nettement établies par la loi et rigoureusement observées.

1726. L'hypothèque est un *démembrement* du droit de propriété. On peut considérer le créancier hypothécaire comme propriétaire de la *valeur* de la chose, tandis que le propriétaire conserve la propriété de la substance. Par suite du droit réel qui existe sur la chose, le créancier hypothécaire peut empêcher *tout détenteur* de la *détériorer,* de même que celui qui a une servitude qui consiste *in non faciendo,* et il peut en provoquer la vente en quelques mains que la chose se trouve. Plusieurs auteurs enseignent que l'hypothèque n'est pas un démembrement du droit de propriété. (Demolombe, t. IX, nos 471, 472.) Mais nous disons, avec M. Demolombe, que la controverse est plutôt dans les mots que dans les choses, et qu'elle ne présente pas d'intérêt pratique.

Et, parce que l'hypothèque est un démembrement de la propriété sur un immeuble, elle est elle-même un droit *immobilier.* Cette thèse est fortement contestée. La plupart des auteurs la considèrent comme un droit *mobilier,* parce que la nature d'un droit est déterminée par l'*objet* auquel il tend (*mobile est quod ad mobile tendit*), et comme le but de l'hypothèque est d'autoriser le créancier à vendre la chose hypothéquée et à se faire payer une somme d'argent sur le prix, elle est elle-même mobilière. Tout au plus admettent-ils que l'hypothèque étant un droit essentiellement accessoire, elle participe de la nature du principal; qu'elle est donc mobilière si l'obligation principale a pour objet une chose mobilière, et qu'elle est immobilière lorsque la dette principale est immobilière.

Ce raisonnement nous paraît erroné. Car l'objet direct et immédiat du droit du créancier hypothécaire n'est pas une somme d'argent, mais l'*immeuble même;* il porte son action sur l'immeuble même en le saisissant où il le trouve et en le faisant vendre. Le but éloigné, de se procurer de l'argent, est indifférent pour déterminer la nature même du droit. Ensuite, on ne peut tirer aucune conséquence de la nature du droit principal à celle du droit accessoire qui lui sert de garantie. Un droit immobilier,

Digitized by Google

par exemple l'obligation de délivrer un immeuble, peut être garanti par une obligation accessoire mobilière, par un nantissement sur un meuble, par une clause pénale, par un cautionnement, de même qu'une dette mobilière peut être garantie par un droit immobilier. D'ailleurs l'article 1er de la loi de 1851 déclare formellement que l'hypothèque est un droit immobilier, en disant : « Tous actes... translatifs ou déclaratifs de *droits réels immobiliers, autres que les priviléges et les hypothèques.* » (Voy., en ce sens, Martou, n° 691.)

1727. Trois *conditions* sont indispensables pour l'existence d'une hypothèque :

1° Une *obligation* ou *dette,* pour sûreté de laquelle elle a été constituée. L'hypothèque est donc un droit essentiellement *accessoire*. S'il n'y avait pas de dette, l'hypothèque n'aurait aucune raison d'être ; elle serait sans objet et sans but. La dette peut être présente ou future, pure et simple ou conditionnelle; mais si elle a été établie pour sûreté d'une obligation conditionnelle, elle n'aura jamais existé, si la condition dont dépendait l'obligation ne s'accomplit pas.

2° Il faut une *chose susceptible d'être hypothéquée.* Nous avons dit *suprà,* aux nos 1660-1662, quels objets peuvent être hypothéqués.

3° Une cause légale qui donne naissance à l'hypothèque.

1728. La loi de 1851 connaît *trois* espèces d'hypothèques : « Elle est *légale, conventionnelle* ou *testamentaire* », dit l'article 43.

« L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats.

« L'hypothèque testamentaire est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés dans le testament, pour garantie des legs par lui faits (art. 44). »

1729. La nouvelle loi a supprimé l'*hypothèque judiciaire.* Anciennement, en France et dans plusieurs provinces de la Belgique, les jugements emportaient de plein droit hypothèque sur tous les biens du débiteur. La loi du 11 brumaire an VII, article 3, et le code civil, article 2123, accordent aux créances résultant de condamnations judiciaires, une hypothèque générale sur tous les biens présents et futurs du débiteur. Mais cette hypothèque était soumise à l'*inscription*.

Digitized by Google

Les principales raisons qui ont déterminé le législateur belge de 1851 à supprimer l'hypothèque judiciaire sont les suivantes :

En premier lieu, les motifs qui doivent repousser toutes les hypothèques générales. Pour une somme minime, l'hypothèque peut affecter plusieurs immeubles d'une valeur considérable et, dans l'incertitude sur lequel des immeubles pourra un jour porter la collocation du créancier, ils sont tous dépréciés. Le crédit du débiteur peut être ébranlé sans motif réel.

Mais, en principe, l'*existence même* de l'hypothèque judiciaire, qu'elle soit générale ou spéciale, n'est pas suffisamment justifiée. Car ce qui peut donner à une créance la préférence sur une autre, c'est ou sa *qualité même,* ou une convention des parties, ou son ancienneté. Par suite de l'hypothèque judiciaire, le créancier dont la créance est peut-être la moins favorable ou la moins ancienne peut se *créer lui-même* un titre à la préférence, en déployant contre son débiteur plus de rigueur qu'un autre; c'est donc une espèce de prime accordée à celui qui a le premier renversé le crédit du débiteur. Et ce n'est pas même toujours celui qui a poursuivi ses droits avec le plus de diligence qui obtient la priorité. Souvent la préférence dépend du hasard; car il se peut très bien qu'entre plusieurs créanciers qui ont poursuivi leur débiteur, celui qui a agi le premier soit le dernier à obtenir jugement, à cause de la complication de la procédure ou de la difficulté de la preuve.

Enfin, l'hypothèque judiciaire présente un grave inconvénient pour les commerçants. Si l'un des créanciers a obtenu jugement, et par conséquent hypothèque, les autres créanciers, qui n'ont pas la même garantie, s'empresseront de provoquer la déclaration de la faillite du débiteur et de la faire remonter à une date antérieure à l'inscription, afin de faire tomber l'hypothèque. (Rapport de la commission spéciale, chap. II, § 3.)

1730. Sous le code, cette hypothèque prenait date du jour de l'inscription (art. 2123, 2134), et une fois inscrite, elle grevait généralement tous les biens présents et futurs du débiteur. Les jugements rendus après le 1er janvier 1852 n'ont plus conféré d'hypothèque.

Mais les hypothèques judiciaires qui *étaient inscrites* au moment où la loi de 1851 est devenue obligatoire n'ont conservé leurs

Digitized by Google

effets et leur rang, déterminé par la date de l'inscription, qu'autant qu'elles ont été inscrites de nouveau dans l'année, c'est-à-dire avant le 1er janvier 1853, conformément à l'article 83 de cette loi, avec indication spéciale des immeubles qu'elles devaient grever et en déterminant la somme pour laquelle elles étaient prises. (Dispos. transit., art. 9.)

1731. Les jugements rendus avant le 1er janvier 1852, et qui n'ont pas encore été inscrits, peuvent toujours encore l'être avec effet d'établir une hypothèque sur les biens du débiteur. Mais cette hypothèque n'aura de rang que depuis le jour de son inscription. Car la faculté de prendre cette hypothèque était un droit acquis au créancier, et la loi n'a pas d'effet rétroactif. Or, la loi ne soumet l'inscription à *aucun délai*. Le délai d'un an, prescrit par l'article 9 des dispositions transitoires, ne s'applique qu'aux hypothèques judiciaires inscrites d'une manière générale conformément au code civil, et auxquelles les créanciers veulent conserver *leur rang;* elles doivent, à cet effet, être *spécialisées* dans l'année. Elles peuvent être spécialisées encore aujourd'hui, mais alors elles n'ont de rang qu'à partir de l'inscription spéciale.

SECTION PREMIÈRE.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1732. L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. C'est la loi qui en est le principe générateur sans le concours de la volonté des parties. Mais il n'en faut pas conclure que cette hypothèque produise son effet de *plein droit,* sans inscription, comme sous le code civil. Aujourd'hui, le véritable caractère de l'hypothèque légale consiste en ce qu'elle peut être établie et inscrite *sans la volonté du débiteur.*

1733. D'après le code civil, *toutes* les hypothèques légales étaient *générales* et grevaient tous les immeubles *présents* et *futurs* du débiteur; quelques-unes d'entre elles existaient d'une manière occulte, sans inscription.

Digitized by Google

Aujourd'hui, *toutes* les hypothèques légales sont soumises aux conditions de *publicité* et de *spécialité*.

Dans l'alternative ou de léser dans quelques cas les intérêts particuliers des femmes et des mineurs, ou de porter une atteinte permanente au crédit foncier, en grevant, d'une manière occulte, un nombre considérable d'immeubles de charges indéfinies, au préjudice des tuteurs et des maris, le code a préféré les intérêts des mineurs et des femmes. Il est vrai que le code prescrit beaucoup de mesures pour garantir l'inscription des hypothèques légales (voy. art. 2136-2139), mais si, malgré toutes ces mesures de précaution, l'hypothèque n'est pas inscrite, *elle n'en subsiste* pas moins. Suivant la nouvelle loi, l'*existence* de l'hypothèque dépend de son *inscription*. En ce point, on a rétabli le principe de la loi du 11 brumaire an VII.

L'hypothèque ne frappe que sur les immeubles *spécialement désignés* dans l'inscription, et le montant des créances et des droits à conserver doit toujours être *déterminé*.

1734. Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari ; ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ; ceux des personnes placées dans des établissements d'aliénés, sur les biens de leur administrateur provisoire ; ceux de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (art. 47) ; les droits de succession et de mutation dus au trésor public en cas de décès, sur tous les immeubles situés en Belgique et délaissés par le défunt (loi du 27 décembre 1817, art. 3 ; loi du 17 décembre 1851, art. 26).

I. DES GARANTIES A FOURNIR PAR LES TUTEURS, DANS L'INTÉRÊT DES MINEURS ET DES INTERDITS (art. 49-63).

A. *Observations générales.*

1735. Les législateurs ont toujours considéré comme un devoir d'entourer d'une protection spéciale les intérêts de ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes. Le droit romain accordait aux pupilles et mineurs sur tous les biens de leurs tuteurs

Digitized by Google

et curateurs, une hypothèque générale dont l'origine remonte peut-être à une plus haute antiquité, mais qui a été positivement consacrée par l'empereur Constantin. Justinien a étendu ce bénéfice aux furieux sous curatelle. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 158e, B, 2°.) En France et dans une partie de la Belgique, on suivait l'ancien droit romain, dont les principes furent également adoptés par la loi du 11 brumaire an VII et par le code civil.

La loi hypothécaire de 1851 établit tout un système de protection des intérêts des mineurs et des interdits. Parmi les dispositions qu'elle renferme, il y en a qui n'ont aucun rapport avec le régime hypothécaire, mais qui concourent à assurer aux mineurs et aux interdits les garanties dont le législateur a voulu les entourer, afin que la suppression des hypothèques occultes ne pût porter atteinte à la protection que la société leur doit. Ces dispositions trouvent leur place naturelle dans la section VIII du chapitre II du titre X du livre Ier, *de l'Administration du tuteur*. Il y a une lacune et une inconséquence dans la législation du code : rigoureuse envers le tuteur propriétaire foncier, en soumettant tous ses biens à une hypothèque légale et générale, elle ne donne aucune sûreté aux mineurs et aux interdits, lorsque leurs tuteurs n'ont qu'une fortune mobilière.

Dans cette section, la loi prescrit plusieurs précautions à l'égard du tuteur qui n'a pas de biens immeubles, ou qui n'a que des immeubles insuffisants pour répondre de la fortune du mineur ou de l'interdit.

1736. La loi confie au conseil de famille, au juge de paix, au ministère public et aux tribunaux le soin de veiller à l'exécution des mesures qu'elle prescrit dans l'intérêt des mineurs et des interdits (art. 63).

Elle veut que les mineurs et les interdits ne restent pas sans tuteur, et que l'exécution des mesures de garantie soit assurée aussi bien à l'égard des tuteurs légaux qu'à l'égard des tuteurs datifs. A cet effet, elle devait s'assurer de la convocation du conseil de famille (voy. t. Ier, n° 709).

Afin de mettre le juge de paix à même de connaître l'ouverture des tutelles, l'officier de l'état civil devra donner, dans les vingt-quatre heures, connaissance de l'acte de décès qu'il a dressé, au juge de paix du canton du domicile du décédé, et lui faire con-

Digitized by Google

naître, autant que possible, s'il y a des héritiers mineurs ou absents. L'officier de l'état civil qui contreviendra à cette disposition sera puni d'une amende qui n'excédera pas 100 francs, ou le double, en cas de récidive (article additionnel à l'art. 79 du code civil).

B. *Des garanties à fournir par les tuteurs qui n'ont pas d'immeubles.*

1737. 1° Les articles 454-456 du code civil prescrivent au tuteur de faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses du mineur; mais ces articles ne disent rien de la manière dont l'emploi devra être fait (t. Ier, n° 730). Les articles 55, 56 et 58 de la loi hypothécaire prévoient les deux cas où le tuteur n'a pas d'immeubles et celui où le tuteur n'a que des immeubles insuffisants pour répondre de sa gestion. Si, lors de sa première délibération, le conseil de famille a reconnu que le tuteur ne possède pas d'immeubles, ou n'en possède que d'une valeur insuffisante, il *peut,* après avoir, en exécution de l'article 455 du code civil, fixé la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses, ordonner qu'en attendant cet emploi les capitaux des mineurs et des interdits soient versés par le tuteur à la caisse des dépôts et consignations, à la diligence du subrogé tuteur ou d'un membre du conseil de famille commis à cet effet.

Si le tuteur possède des immeubles, mais qu'ils soient jugés insuffisants pour répondre de la totalité de sa gestion, le conseil de famille pourra déterminer la somme au delà de laquelle le versement devra être fait (art. 55, 56). Il a été décidé, à tort selon nous, que l'article 56 n'est pas applicable à la tutelle des père et mère. (Liége, 12 juin 1870, P., 1871, 370.)

Le conseil de famille a donc la *faculté,* mais non l'*obligation* d'ordonner le dépôt.

Aux termes de la loi, le tuteur qui a *des immeubles,* mais qui a été dispensé de l'inscription hypothécaire, ne peut pas être astreint à ce dépôt.

La loi ne contient d'autre sanction de son précepte que la diligence du subrogé tuteur ou d'un membre de conseil de famille,

Digitized by Google

qui seront responsables si l'inexécution peut leur être *imputée à faute*.

1738. « La nécessité de faire le dépôt dans la caisse des consignations ne porte aucune atteinte aux droits assurés aux pères et mères par les articles 384-387 et 453 du code civil », dit l'article 62. (Voy. t. Ier, nos 654-661, 729-730). La nouvelle loi ne prive pas les père et mère du droit, que leur donne l'article 453 du code, de garder en nature les meubles de leurs enfants et d'en faire usage, tant qu'ils ont la jouissance légale de leurs biens ; elle ne peut pas non plus, pendant la même époque, s'appliquer à l'*excédant des revenus* sur les dépenses, puisque cet excédant appartient aux père et mère. Mais l'article 62 s'applique à la tutelle de ces derniers, comme à toute autre tutelle, lorsqu'il s'agit de capitaux provenant d'une autre source, par exemple, de remboursement de créances, nonobstant l'article 587 du code, que l'on pourrait invoquer pour l'opinion contraire, en soutenant que l'usufruit d'une *somme d'argent* est un quasi-usufruit. Car le dépôt dans la caisse des consignations n'est pas incompatible avec l'usufruit ; le père jouira des intérêts des sommes déposées. (Delebecque, *Commentaire législatif de la loi hypothécaire*, n° 329 ; Martou, n° 878 ; jugement du tribunal civil de Gand du 16 février 1853, B. J., t. 11, 326.)

1739. 2° Le tuteur ne pourra retirer ces capitaux de la caisse des dépôts et consignations que pour en faire l'emploi qui aura été fixé par le conseil de famille, soit à l'acquittement des dettes des mineurs ou interdits, soit en acquisition d'immeubles ou de rentes sur l'Etat (voy. Gand, 26 mars 1864, P., 1865, 12), soit en prêts sur privilége immobilier ou sur première hypothèque (art. 57).

Le mot *dettes* ne doit pas être pris en sens littéral pour dettes déjà échues ; il comprend aussi les dépenses nécessaires à faire pour l'éducation et l'instruction du mineur.

Le conservateur des hypothèques ne doit délivrer les fonds que sur la production de la délibération du conseil de famille autorisant de retirer les fonds ; mais il n'est pas tenu d'en surveiller l'emploi.

1740. 3° Le tuteur ne peut, sans l'*assistance* du subrogé tuteur, recevoir le remboursement de capitaux non exigibles, ni

Digitized by Google

de créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille.

Le subrogé tuteur veille à ce que les sommes remboursées soient immédiatement versées dans une caisse publique, à moins que le conseil de famille n'autorise le tuteur, soit à en faire l'emploi, ainsi qu'il est dit en l'article 55 (n° 1737), soit à les conserver et à les faire valoir; dans ce dernier cas, l'autorisation pourra être subordonnée à une hypothèque à donner ou à un cautionnement à fournir par le tuteur (art. 61).

Cette disposition s'applique aussi bien au tuteur qui a des immeubles qu'à celui qui n'en a pas; la loi ne fait pas de distinction.

Le payement fait au tuteur *seul*, sans l'assistance du subrogé tuteur, serait *nul* et exposerait le débiteur à payer une seconde fois.

1741. 4° Le conseil de famille peut exiger qu'à certaines époques, le tuteur *lui* rende compte de sa gestion.

C. *Garanties à l'égard du tuteur qui a des immeubles.*

1742. Le mineur et l'interdit ont, sur les biens de leur tuteur, et les personnes placées dans des établissements d'aliénés ont sur les biens de leur administrateur provisoire, une *hypothèque légale*; mais elle est *spéciale* quant à la somme, qui doit être *déterminée*, et quant aux immeubles, qui doivent être désignés; de plus, elle doit être *inscrite*. L'enfant trouvé sur la voie publique, et auquel un tuteur a été nommé par délibération d'un conseil de famille convoqué d'office, a droit à l'hypothèque légale sur les biens de son tuteur. (Alger, 28 juin 1875; D., 1877, 2, 178.)

Les règles sur la détermination de la somme et la désignation des immeubles sont communes aux tuteurs et aux administrateurs provisoires des aliénés. L'article II, 3 additionnel, a dérogé à l'article 29 de la loi du 18 juin 1850.

1743. 1° Par qui et comment la somme sera-t-elle déterminée? Lors de la *nomination des tuteurs datifs*, ou avant l'entrée en exercice de *toute autre tutelle*, c'est-à-dire de la tutelle légale des père et mère ou des ascendants, ou de la tutelle testamentaire, le conseil de famille doit *fixer la somme* pour laquelle il sera pris inscrip-

Digitized by Google

tion hypothécaire. Pour fixer cette somme, il doit avoir égard à l'*importance* de la fortune du mineur ou de l'interdit, à la *nature des valeurs* dont elle se compose (si elles sont mobilières ou immobilières), et aux éventualités de la responsabilité du tuteur (art. 49). Dans ces éventualités, le conseil de famille peut et doit comprendre toutes les sommes dont le tuteur peut se trouver débiteur par suite de sa gestion, ainsi que le payement de ses dettes personnelles envers le pupille, lorsqu'elles deviennent exigibles pendant la tutelle. Ainsi, dans ces éventualités, le conseil de famille peut comprendre aussi toutes les valeurs composant la succession de l'époux prédécédé, et dont le survivant a la gestion, y compris la portion de ces valeurs dont la jouissance appartient au survivant en vertu de son contrat de mariage, alors même que par ce contrat il aurait été dispensé de fournir caution à raison de cette jouissance. (Cass. fr., 16 janv. 1878, D., 1878, 1, 268.)

1744. 2° Au même moment, le conseil de famille doit spécialement désigner les immeubles sur lesquels l'inscription hypothécaire sera prise, avec indication de la situation et de la nature des biens; car ce procès-verbal de délibération sert de base à l'inscription que le conservateur des hypothèques doit faire.

1745. Le tuteur doit *être entendu* ou appelé dans ces délibérations (art. 50), car il s'agit de son intérêt; il peut débattre le montant de la somme pour laquelle le conseil de famille veut prendre inscription, ou il peut avoir des motifs d'hypothéquer plutôt tel bien que tel autre.

1746. Le conseil de famille peut, d'après les circonstances, déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. Cette déclaration n'a d'effet *que jusqu'à révocation* (art. 49, al. 2). Car les autres garanties matérielles ou morales que le tuteur offre peuvent paraître suffisantes actuellement et cesser de l'être dans l'avenir, soit par suite d'un changement de la fortune ou de la conduite du tuteur, soit à cause de l'augmentation de la fortune du pupille. Le conseil de famille peut toujours revenir sur sa décision, sans qu'il soit même besoin de justifier d'un changement de situation dans le patrimoine de l'incapable ou dans la position du tuteur. (Cass. belge, 19 mars 1874, P., 1874, 92; Liége, 23 juin 1875, P., 1875, 292.)

Digitized by Google

La confiance du conseil de famille dans la gestion du tuteur n'est pas, à elle seule, un motif suffisant de dispenser de toute inscription hypothécaire. (Jugement du tribunal de Namur du 22 janvier 1857, B. J., t. 15, 1356; Liége, 12 juillet 1870, P., 1871, 370.)

On peut consulter, sur l'interprétation des articles relatifs à l'hypothèque des mineurs et sur les règles à suivre par le conseil de famille, le jugement du tribunal de Malines du 20 mai 1863, et la note de la *Belgique judiciaire* (t. 21, 961).

1747. La délibération du conseil de famille doit toujours être *motivée,* puisqu'elle peut être soumise à un *recours* au tribunal. Le tuteur, le subrogé tuteur, ainsi que tout membre du conseil de famille et le ministère public peut, dans la *huitaine*, former opposition à cette délibération. Si elle est élevée par le tuteur à l'effet de faire *réduire* les garanties déterminées par le conseil de famille, soit quant à la *fixation de la somme,* soit sous le rapport de la *désignation des immeubles,* elle doit être dirigée contre le *subrogé tuteur;* si elle a pour but de faire *augmenter* ces garanties, elle sera formée contre le *tuteur*. Le tribunal doit statuer comme en matière urgente, après avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui (art. 51, C. de proc. civ., art. 883, 884). Le ministère public peut agir comme partie principale et se pourvoir contre le jugement rendu sur l'opposition. (Cass. belge, 19 mars 1874, et Liége, 23 juin 1875, *suprà,* n° 1746.)

Même la dispense d'inscription doit être motivée d'une manière assez précise pour permettre au tribunal d'exercer d'office le contrôle délégué par la loi. (Jugement du tribunal de Charleroi du 20 mars 1863, B. J., t. 19, 849.)

1748. L'hypothèque ordonnée par le conseil de famille ne s'étend pas aux actes de gestion du tuteur qui seront postérieurs à la majorité, à moins que ces actes n'aient une connexité nécessaire avec la gestion tutélaire même. (Gand, 29 juill. 1852 et 3 février 1854, P., 1853, 137, et 1854, 178, B. J., t. 12, 312, qui lui donne la date du 10 février.)

1749. 3° De l'inscription. Puisque le rang de l'hypothèque, qui sous le code civil existait de *plein droit* sur les biens du tuteur, est aujourd'hui subordonné à l'*inscription*, le législateur a dû chercher les mesures les plus efficaces pour en garantir l'exé-

Digitized by Google

cution; autrement les intérêts des mineurs auraient été sacrifiés. Ces mesures sont :

A. L'obligation du *tuteur lui-même* de prendre cette inscription, sous peine de se voir retirer la tutelle, s'il gère avant que cette formalité ait été remplie. Cette destitution est *facultative*. Le conseil de famille, qui doit en délibérer, sera convoqué, soit sur la réquisition des parents ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix. Cette prescription seule, dont l'observation était peu importante sous le code civil (art. 2136) parce que l'hypothèque existait de plein droit, offrirait des garanties insuffisantes. C'est pourquoi la loi

B. Oblige le *subrogé tuteur*, sous sa responsabilité personnelle, à veiller à ce que l'inscription soit valablement prise sur les biens du tuteur, ou *à la prendre lui-même* (art. 52). Cette responsabilité doit être appréciée plus sévèrement que celle de veiller à ce que le tuteur verse les deniers par lui reçus dans la caisse des consignations; parce que, ici, le subrogé tuteur peut *faire lui-même* ce que le tuteur a négligé de faire;

C. Le conseil de famille peut aussi spécialement commettre l'*un de ses membres* ou *toute autre personne* pour requérir l'inscription (art. 53). C'est un mandat ordinaire que la personne désignée peut refuser, mais de l'exécution duquel elle est responsable, si elle l'accepte;

D. Enfin la loi a trouvé une garantie indirecte dans la défense faite aux *greffiers des justices de paix*, sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, s'il y a lieu, de *délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille*, avant qu'il leur ait été dûment justifié (c'est-à-dire par un extrait délivré par le conservateur des hypothèques) que l'inscription a été prise contre le tuteur pour les sommes et sur les immeubles désignés par le conseil de famille. Sont exceptées de cette défense les expéditions des délibérations qui sont relatives aux nominations des tuteurs et subrogés tuteurs, ou qui déterminent l'hypothèque, parce que c'est précisément sur la production de ces expéditions que l'hypothèque doit être inscrite (art. 54).

1750. 4° De l'augmentation de l'hypothèque. Dans le cas où les garanties données aux mineurs ou aux interdits seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger ou une

Digitized by Google

augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles (art. 58).

Les garanties peuvent devenir insuffisantes pour deux causes : ou parce que les immeubles hypothéqués sont diminués de valeur, ou parce que la fortune du mineur ou de l'interdit est augmentée. Dans les deux cas, l'hypothèque peut être augmentée. Si l'hypothèque est augmentée, soit par l'inscription pour une somme plus forte, soit par l'extension de l'hypothèque à d'autres immeubles, il faut une nouvelle délibération du conseil de famille, par laquelle ces immeubles sont désignés à l'inscription. Il en est de même lorsqu'il survient au tuteur de nouveaux immeubles, auxquels le conseil de famille veut étendre les hypothèques.

1751. 5° De la réduction de l'hypothèque. Les intérêts des mineurs doivent être convenablement sauvegardés ; mais la garantie exigée doit être renfermée dans de justes limites ; elle ne doit pas devenir onéreuse au tuteur sans nécessité. Si donc les garanties fournies par lui deviennent *évidemment excessives* pendant le cours de la tutelle ; par exemple, parce que les capitaux du mineur ont été employés en acquisition d'immeubles ou en prêts hypothécaires, le conseil de famille peut, après avoir entendu le subrogé tuteur, restreindre, par une délibération motivée, les sûretés primitivement exigées. Cette délibération, qui a pour objet l'*aliénation d'un droit réel immobilier*, doit être soumise à l'homologation du tribunal, qui statue sur l'avis du ministère public et contradictoirement avec lui (art. 60 ; C. civ,, art. 457, 458 ; t. Ier, n° 745).

Le principe de cette réduction se trouve déjà dans le code civil, art. 2141, 2142.

1752. Les *personnes* soumises à l'hypothèque légale sont : 1° le tuteur du mineur ou de l'interdit ; 2° le second mari cotuteur de la mère maintenue dans la tutelle (C. civ., art. 396, et t. Ier, n° 696) ; 3° le tuteur officieux (C. civ., art. 365, 370, et t. Ier, n° 644) ; 4° la mère qui a indûment conservé la tutelle, après avoir convolé en secondes noces (C. civ., art. 395, et t. Ier, n° 695. *Contrà*, Laurent, t. XXX, n° 264) ; 5° l'administrateur provisoire d'une personne placée dans un établissement d'aliénés. Loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés (art. 47, et t. Ier, nos 827-828). Cette loi n'a pas apporté de changement à la position

Digitized by Google

de l'administrateur provisoire nommé dans le cas de l'article 497 du code civil (t. Ier, n° 790), c'est-à-dire après le premier interrogatoire de la personne dont l'interdiction est demandée. Les biens de cet administrateur ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. Sa position est tout à fait temporaire, elle ne dure que jusqu'au moment où le jugement sur la demande en interdiction est rendu. Cet administrateur n'a qu'un pouvoir très limité; il ne peut faire que des actes de conservation. L'administrateur provisoire, dont traite la loi du 18 juin 1850, a une tout autre position.

1753. L'hypothèque légale au profit des mineurs n'a pas lieu: 1° sur les immeubles du père, administrateur *des biens de son* enfant mineur; 2° sur les biens du second mari, lorsque la mère a indûment conservé la tutelle sans se conformer aux dispositions de l'article 395, quoique le second mari soit solidairement responsable avec la mère (Laurent, t. XXX, n° 264); la jurisprudence française se prononce en sens contraire (voy. cass. fr., 22 juin 1877, D., 1878, 1, 412, et la note); 3° sur les biens du conseil judiciaire (C. civ., art. 513, 515); 4° sur les biens de l'administrateur provisoire nommé dans le cas prévu par l'article 497; 5° sur les biens de l'administrateur délégué par la commission administrative ou de surveillance des hospices ou établissements d'aliénés en vertu de l'article 30 de la loi du 18 juin 1850. Ces personnes ne sont pas *tuteurs;* 6° enfin, elle n'a pas lieu sur les biens du subrogé tuteur, bien que cette question soit controversée.

D. *Règles communes aux deux cas prévus sous les lettres* B *et* C.

1754. Le conseil de famille *peut* ordonner le dépôt dans la caisse des consignations dans le cas où le tuteur n'a pas d'immeubles comme dans celui où il n'a pas d'immeubles suffisants pour répondre de sa gestion (voy. *suprà*, n° 1737).

1755. Afin que le conseil de famille puisse toujours être à même de décréter avec connaissance de cause les mesures relatives aux garanties à fournir par le tuteur soit pour les étendre, soit pour les restreindre, la loi lui permet d'exiger que le tuteur *lui* rende compte de la situation de la gestion aux époques qu'il fixera lors de l'ouverture de la tutelle (art. additionnel à l'art. 470 du c. civ., et t. Ier, n° 755).

Digitized by Google

1756. A côté du contrôle du conseil de famille auquel la tutelle est soumise, la nouvelle loi place la surveillance des justices de paix, du ministère public et des tribunaux de première instance, auxquels elle donne des attributions d'un caractère plutôt administratif que judiciaire, qu'ils exercent soit d'office, soit sur les réquisitions du ministère public. Voici comment l'article 63 établit cette surveillance :

« Il sera tenu au greffe de chaque justice de paix, sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton. Cet état contiendra la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures des mineurs et interdits, tuteurs et subrogés tuteurs, la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs, des interdits, la date des inscriptions qui auront été prises ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis.

« Chaque année, dans le courant de décembre, le greffier adressera, sous sa responsabilité, au procureur du roi de son arrondissement, copie entière de cet état, pour les tutelles ouvertes dans l'année et, pour les autres, la simple indication des changements survenus dans l'année courante, relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que l'absence ou l'insuffisance des immeubles auront nécessités.

« Dans le mois de janvier suivant, le procureur du roi soumettra cet état au tribunal qui, sur le rapport d'un de ses membres en chambre du conseil, statuera ce que de droit, tant d'office que sur les réquisitions du ministère public.

« Expédition de la décision sera, s'il y a lieu, en tout ou en partie transmise aux juges de paix qu'elle concerne.

« Les greffiers des justices de paix qui contreviendraient au présent article seront, indépendamment des peines disciplinaires, punis d'une amende qui n'excédera pas 100 francs. Elle pourra être portée au double, en cas de récidive.

« Ces peines, ainsi que celles comminées par les articles 132 et 133 de la présente loi et l'article 79 modifié du code civil, seront appliquées par les tribunaux civils. »

L'état des tutelles tenu au greffe des justices de paix doit comprendre tant les tutelles ouvertes *avant*, que celles ouvertes *depuis*

Digitized by Google

la nouvelle loi. (*Circulaire du ministre de la justice*, du 15 mars 1852, B. J., t. 10, 1230.)

1757. Cet article impose aux greffiers des juges de paix une responsabilité sévère. Pour en bien comprendre la portée, il faut le rapprocher des autres dispositions de cette loi. Le greffier ne peut être responsable que de l'inscription de toutes les tutelles résultant des décès dont l'officier de l'état civil a donné connaissance officielle au juge de paix, et de celles dont ce magistrat a été averti par suite d'une convocation du conseil de famille. Il ne peut pas être responsable de l'omission des tutelles dont il n'a pas eu connaissance.

De même, l'état des tutelles doit contenir la date des inscriptions qui auront été prises ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis. Il est possible que, depuis la nomination du tuteur, il n'y ait plus eu de délibération du conseil de famille, ou que l'on n'en ait pas demandé expédition. Alors le greffier ne peut pas être responsable de l'omission de la date de l'inscription. Le tribunal, dans l'application de la pénalité, doit donc toujours examiner s'il y a eu ou non faute ou négligence de la part du greffier.

E. *De la tutelle établie en pays étranger.*

1758. Le code civil renferme une disposition sur l'hypothèque qui peut résulter des jugements rendus en pays étranger (art. 2123), et une autre sur l'effet des hypothèques conventionnelles établies en pays étranger (art. 2128). Mais il ne parle pas des hypothèques *légales* qui pourraient résulter des tutèlles établies en pays étranger ou avoir lieu au profit des femmes étrangères. De là grande controverse sur la question de savoir si un mineur étranger pouvait avoir hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique, et si la femme étrangère, mariée à l'étranger, a hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique. La jurisprudence se prononçait généralement pour la négative.

1759. La loi hypothécaire a décidé cette controverse par une disposition nouvelle : « Le mineur étranger, quand même la tutelle aurait été déférée en pays étranger, aura hypothèque

Digitized by Google

légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique, dans le cas et en conformité des dispositions énoncées au § 1er, section 1re, chapitre III de la présente loi », dit l'article II, article 2 additionnel.

Si, dans le pays auquel appartient le mineur, il n'y a pas de conseil de famille, la fixation de la somme pour laquelle l'hypothèque sera prise et la désignation des immeubles auront lieu par une décision de l'autorité qui, dans ce pays, a le contrôle sur la gestion du tuteur et remplit des fonctions analogues à celles du conseil de famille en Belgique.

La tutelle et tout ce qui la concerne est régi par le statut personnel du mineur. C'est devant l'autorité soumise à ce statut que doivent être portées les réclamations ayant pour objet la réduction ou l'augmentation de l'hypothèque légale. (V. *suprà*, n° 1747.)

Mais pour que l'inscription fondée sur des actes passés à l'étranger puisse être prise en Belgique, il faut que ces actes soient authentiques, et que l'authenticité en soit attestée par le visa du président du tribunal de la situation des biens art. II, art. 2 additionnel; 77, *infrà*, n° 1811).

1760. L'existence de l'hypothèque au profit du mineur étranger sur les immeubles que son tuteur possède en Belgique, n'est pas subordonnée à la condition de la réciprocité stipulée par traités, ni à la condition de la réciprocité simple de la loi du 20 mai 1837 (t. I, nos 116, 118).

1761. Le mineur étranger aura en Belgique les mêmes droits qu'il a dans son pays, mais pas plus de droits. Il n'y a donc pas lieu à cette hypothèque si la législation à laquelle le mineur est soumis ne lui accorde pas une hypothèque légale dans son propre pays. (Rapport au sénat sur l'art. II, art. 2 additionnel.)

II. DES SURETÉS DES FEMMES MARIÉES (art. 64-72).

A. *Observations générales.*

1762. A Rome, la femme avait une hypothèque *générale* et *privilégiée* sur tous les biens de son mari pour la restitution de sa dot, et même pour la sûreté des choses non dotales si elle en avait confié l'administration au mari. Le même droit appartenait

Digitized by Google

à ses héritiers; mais le *privilége* n'existait qu'au profit des héritiers descendants. (Maynz, § 158, B, 3°; § 163, 3°.) L'ancien droit français écrit et coutumier n'était pas moins favorable aux intérêts des femmes mariées : « Les mineurs et les femmes ont hypothèque *taisible* et *privilégiée* sur les biens de leurs tuteurs et maris, au jour de la tutelle et du contrat de mariage », dit Loysel, n° 497 ; cette hypothèque existait *sans publicité*, même dans les pays de nantissement. (*Suprà*, n° 1655.)

La loi du 11 brumaire an VII soumettait l'hypothèque légale de la femme à la *publicité* par l'inscription, mais non à la *spécialité;* il ne fallait pas déterminer de somme ni désigner les immeubles. Sous le code civil, l'hypothèque légale existait *sans aucune inscription;* la loi de 1851 exige la *publicité et la spécialité*.

1763. L'hypothèque de la femme est *conventionnelle* ou *légale*.

B. *De l'hypothèque conventionnelle.*

1764. La femme peut, dans son contrat de mariage, *stipuler* une hypothèque *spéciale* pour sûreté de sa dot et de toutes ses conventions matrimoniales, même de ses droits éventuels et conditionnels, par exemple des gains de survie. Le mot *dot* doit être pris dans le sens de l'article 1540 du code. (Voy. t. III, n° 526.)

Elle peut également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des *reprises de toute nature*, même *conditionnelles* ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari.

Le contrat doit désigner les immeubles grevés de l'hypothèque, l'objet de la garantie et la somme à concurrence de laquelle l'inscription pourra être prise.

Cette hypothèse est *conventionnelle* (art. 64, 65).

Quelques jurisconsultes soutiennent que l'*hypothèque conventionnelle* de la femme n'est, au fond, autre chose qu'une hypothèque légale. Ce soutenement n'est vrai qu'en partie. Il est vrai en ce sens que la femme peut, même *sans stipulation* dans le contrat de mariage, prendre, en vertu de la loi, inscription hypothécaire pour sûreté des droits indiqués dans l'alinéa 1er de l'article 64 (voy. *infrà*, n° 1767, 1768) et que la stipulation d'une

Digitized by Google

hypothèque pour sûreté de ces *mêmes* droits peut être considéré comme un mode particulier d'exécuter la loi.

Mais il est évident que l'hypothèque pour garantie des reprises même *conditionnelles* ou *éventuelles*, dont il est question dans le second alinéa de l'article 64, n'est pas une hypothèque *légale*, et qu'elle n'existe qu'autant qu'elle a été *stipulée* dans le contrat de mariage.

1765. « Ces hypothèques », dit la loi, « seront inscrites par le mari *avant* la célébration du mariage, et auront leur effet à dater de l'inscription. »

L'inscription peut aussi être requise par la femme, même sans autorisation de son mari, parce que c'est un acte conservatoire de ses droits.

Si l'inscription n'a pas été faite *avant* la célébration du mariage, elle peut toujours être prise *pendant* le mariage, mais pour quelque créance qu'elle ait été stipulée, son rang ne date jamais que du jour de l'inscription.

1766. Les hypothèques stipulées dans le contrat de mariage sont régies par les principes généraux sur les hypothèques conventionnelles; mais les parties ne peuvent pas les modifier ni y renoncer pendant le mariage, à cause de l'immutabilité des conventions matrimoniales (code civil, article 1395; *suprà*, t. III, nos 515-519).

C. *De l'hypothèque légale.*

1767. Même à défaut de toute stipulation d'hypothèque, ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat de mariage, la femme a une hypothèque *légale* sur les biens de son mari. L'hypothèque légale de la femme s'étend aux institutions contractuelles faites en sa faveur, donc aussi à l'usufruit que son mari lui a donné par contrat de mariage sur les biens qu'il laissera à son décès. (Paris, 15 juin 1874, D. 1877, 2, 208.) L'hypothèque légale consiste en ce que la femme peut toujours, pendant le mariage, *sans le consentement* et même à l'insu de son mari, requérir inscription sur chacun des immeubles de celui-ci. en vertu d'*une autorisation du président du tribunal de son domicile*.

Digitized by Google

Cette hypothèque est soumise aux conditions de *publicité* et de *spécialité* (art. 66-67).

Le mari ne doit pas être entendu. L'autorisation maritale n'est pas nécessaire, parce que l'inscription est un acte purement conservatoire, et, par la même raison, elle peut être prise par la femme mineure.

1768. Pour quelles *créances* la femme peut-elle requérir inscription ? D'abord pour sûreté de sa *dot* et de ses *conventions matrimoniales*, et puis, pour toutes causes de recours qu'elle peut avoir contre le mari, telles que celles résultant d'obligations par elle souscrites, d'aliénation de ses propres, de donations ou successions auxquelles elle aurait été appelée, en prenant pour base le régime sous lequel les époux se sont mariés (art. 66, 67). Mais il faut bien le remarquer, ces dernières causes de recours doivent déjà s'être *réalisées*. *Dans le contrat de mariage*, la femme peut stipuler une hypothèque, même pour des *reprises éventuelles; pendant le mariage*, elle ne peut requérir inscription que lorsque son droit de recours contre le mari est déjà *acquis*.

En vertu du même principe, dans le cas où un jugement de séparation de corps a condamné un mari à payer à sa femme une pension alimentaire et assigné un capital déterminé pour sûreté et service de cette pension, la femme est fondée, en cas de non-payement de la pension, à requérir l'inscription sur un immeuble du mari, jusqu'à concurrence de ce capital. (Brux., 5 février 1877, P. 1878, 335. *Contrà*, Liége, 29 mars 1862, P. 1862, 203.)

1769. Si le président refuse d'accorder cette autorisation, la femme a-t-elle un recours contre cette décision ? Ni la loi, ni les travaux préparatoires n'en font mention. Comme le droit de recours est attribué au mari lorsque l'inscription autorisée lui paraît excessive, il semble qu'une juste réciprocité devrait aussi admettre la femme à se pourvoir contre le refus d'autorisation de prendre inscription. Mais il semble que ce recours n'est pas entré dans les vues du législateur, d'autant moins que c'est un acte de juridiction gracieuse, actes qui, ordinairement, sont à l'abri de tout recours. (Martou, n° 918.)

Toutefois, il est difficilement admissible que le législateur ait voulu faire dépendre de la décision d'un seul homme l'hypothèque légale de la femme, cette garantie si importante qui existait

Digitized by Google

autrefois de plein droit et sans inscription sur tous les biens du mari. Nous croyons plutôt que l'autorisation dont il s'agit ici est régie par les principes sur l'autorisation prescrite par les articles 865 et 875 du code de procédure pour la femme qui veut demander la séparation de corps ou de biens, qu'elle doit être considérée comme une simple *vérification* des causes du recours, pour lesquelles la femme veut prendre inscription, et qu'elle ne peut pas être refusée lorsque le magistrat a reconnu la *légalité* de ces causes. (Voy. t. I, n° 482; t. III, n° 699 ; Laurent, XXX, n° 397.)

L'autorisation du président n'est pas prescrite à peine de nullité, et les tiers ou les créanciers hypothécaires postérieurs n'ont pas le droit de se prévaloir de l'inobservation de cette formalité. (Gand, 14 déc. 1872, P. 1873, 42.)

1770. La *somme* jusqu'à concurrence de laquelle la femme peut prendre inscription doit être déterminée par le président du tribunal de son domicile, si elle n'a pas été déterminée dans le contrat de mariage (art. 66).

1771. C'est la femme qui désigne les *immeubles* sur lesquels elle veut prendre inscription. Son choix ne dépend pas de l'autorisation du président, puisque, en principe, l'hypothèque légale consiste précisément en ce que la femme peut prendre inscription sur *tous* les immeubles de son mari.

1772. La femme peut-elle prendre inscription sur les conquêts de la communauté? Sous le code civil, la question était controversée, mais la plupart des auteurs et la jurisprudence admettaient que l'hypothèque légale grevait aussi les *acquêts de la communauté*, quand même le mari les aurait aliénés pendant le mariage. (Troplong, *Hypoth.*, n° 433 *ter;* Toullier, t. XIV, n° 305; Laurent, XXX, n° 368; Liége, 6 août 1853, B. J., t. 15, 869, P., 1856, 326; Cass., B., 17 juillet 1856, B., J., t. 15, 1193; P., 1856, 438; Paris, 15 juin 1868, D., 1869, 2, 161; Bordeaux, 28 juin 1870, D. 1871, 2, 99; Cass. fr. 28 janvier 1876, D. 1876, 1, 62.) Suivant une autre opinion, la femme n'a une hypothèque légale sur les biens acquêts que si elle renonce à la communauté. (Metz, 31 déc. 1867, D. 1868, 2, 145; Bastia, 25 janvier 1862, D. 1868, 2, 147.) D'après l'article 47 de la loi hypothécaire, les femmes ont hypothèque légale sur *les biens de leurs*

Digitized by Google

maris; c'est la reproduction de l'article 2121 du code. La question se présente dans les mêmes termes, sous les modifications apportées par la nouvelle loi à l'hypothèque légale. La femme peut donc prendre inscription sur les acquêts. Si elle a pris inscription, son hypothèque aura des effets différents dans les différentes éventualités :

1° La femme a *renoncé* à la communauté ; elle peut faire valoir son hypothèque, peu importe que l'immeuble se trouve encore entre les mains du mari, ou qu'il soit entre les mains d'un tiers, à moins que la femme n'ait vendu conjointement avec son mari ; car cette intervention vaut renonciation à l'hypothèque ;

2° La femme a *accepté* la communauté. On peut distinguer trois cas :

a. L'immeuble se trouve encore entre les mains du mari au moment de la dissolution de la communauté ; la femme peut exercer son hypothèque.

b. L'immeuble est vendu avec le consentement de la femme ; elle est censée avoir renoncé à son hypothèque. (Metz, 31 déc. 1867, D. 1868, 2, 145.)

c. L'immeuble a été vendu sans le concours de la femme. Il y a controverse. Suivant Troplong, *Hypoth.*, n° 433 *ter*, la femme ne peut exercer son hypothèque, parce qu'elle sera repoussée par l'exception de garantie : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Le mari avait le *droit* de vendre l'immeuble ; il est donc censé avoir aussi traité pour sa femme, laquelle, en acceptant la communauté, reconnaît les faits du mari comme obligatoires pour elle. Suivant Zachariæ, § 264, note 20, la femme peut exercer son hypothèque. Cette dernière opinion est préférable, surtout sous la nouvelle loi, où le tiers a dû être averti de l'existence de l'hypothèque par l'inscription.

Quant à l'obligation de garantie, la femme en est tenue pour moitié, mais jusqu'à concurrence de son émolument seulement. (Voy. t. III, n° 674.)

1773. L'inscription peut être requise par la femme elle-même, par les parents et alliés de l'*un ou l'autre des époux*, jusqu'au troisième degré inclusivement, au nom de la femme, et, de même que par celle-ci, en vertu de l'autorisation du président du tribunal du domicile conjugal ; d'office par le juge de paix du canton

Digitized by Google

du domicile marital et par le procureur du roi; enfin par le mari lui-même (art. 69, 70, C. civ., art. 2136-2139). Les magistrats dénommés dans l'article 70, ni le mari ne doivent demander l'autorisation au président. Les articles 69 et 70 n'en formaient qu'*un seul* dans le projet, et toutes les personnes indiquées aujourd'hui dans les articles 69 et 70 étaient soumises à l'autorisation du président. (Voy. projet a. 64.) On a divisé l'article en deux, afin de ne pas soumettre les magistrats à l'autorisation. (Voy. Delebecque, n° 362; 2e rapp. de M. d'Anethan au sénat sur les art. 66, 67 et 68.) La loi a confié aux parents et aux magistrats mentionnés le soin de requérir l'inscription hypothécaire, parce qu'on peut craindre que, dans certains cas, la femme n'hésite, dans l'intérêt de la paix du ménage, à prendre des mesures protectrices de ses droits, mais compromettant plus ou moins la position de son mari.

L'intervention du juge de paix et du ministère public doit s'exercer avec la discrétion recommandée, sous le code, par l'instruction ministérielle du 15 septembre 1806. (Martou, n° 928.)

1773 *bis*. L'inscription pourrait-elle être prise par la femme ou pour elle après la mort de son mari? Sans doute, si déjà du vivant de son mari elle avait obtenu du président du tribunal de son domicile l'autorisation nécessaire à cet effet, elle pourrait requérir l'inscription dans les trois mois du décès de son mari, car son droit d'hypothèque était complètement *acquis* du vivant de son débiteur (art. 82).

Mais pourrait-elle encore obtenir l'autorisation du président *après* le décès du mari? Nous croyons que oui. Car c'est la *loi* qui forme son titre; son hypothèque résulte de la loi. L'autorisation du président est un acte unilatéral auquel le débiteur (le mari) ne doit plus concourir pour faire *acquérir* l'hypothèque à la femme et que le président ne peut pas refuser (*suprà*, n° 1769). Les mots *pendant le mariage* dans l'article 66 ne prouvent pas contre cette opinion, car ces mots ont été ajoutés pour faire antithèse aux mots de l'article 64, alinéa 2 : *dans son contrat de mariage*.

Le plus souvent, la femme n'aura pas d'intérêt à requérir l'inscription après le décès de son mari, parce qu'elle peut obtenir le même résultat par la séparation des patrimoines. Mais elle y

Digitized by Google

aurait un intérêt dans le cas où le mari aurait consenti une hypothèque qui n'aurait pas encore été inscrite au moment de son décès. Alors les deux hypothèques pourraient être inscrites dans les trois mois du décès, et celle qui aurait été inscrite la première primerait l'autre.

1774. La femme ne peut pas renoncer, *directement au profit de son mari*, aux inscriptions hypothécaires prises en sa faveur (art. 71). La loi a voulu empêcher l'influence du mari de s'exercer au préjudice des intérêts de la femme; c'est pourquoi elle ne peut pas *renoncer* au profit du mari à l'effet de rendre ses immeubles libres, mais elle peut renoncer à son hypothèque au profit d'*autres personnes;* c'est en ce sens que la disposition a été entendue dans l'exposé des motifs de la commission spéciale. Ainsi il n'est pas interdit à la femme de *s'obliger conjointement* avec son mari, ou *d'intervenir dans les obligations de ce dernier pour renoncer à ses hypothèques, ni d'aliéner ses propres,* parce que souvent ce sont là des actes que commande l'intérêt bien entendu de la famille. L'honneur du mari, son avenir et celui de ses enfants peuvent dépendre d'un sacrifice fait à propos par la femme. (Exposé des motifs de la commission spéciale, chap. II, § II.)

Il résulte de là que la femme qui renonce à son hypothèque légale au profit d'un créancier n'a pas renoncé au *droit même*, mais seulement à son *rang*, qu'elle conserve son hypothèque à un *rang postérieur* pour ce qui dépasse la créance du tiers cessionnaire ou subrogé, et que pour ce surplus elle peut faire valablement une nouvelle cession ou subrogation. (Liége, 27 décembre 1858, B. J., t. 18, 1286, P., 1859, 122. Voy. aussi l'article dans la *Belgique judiciaire*, t. 14, 1441.)

1775. La femme peut *toujours, nonobstant convention contraire,* requérir pendant le mariage inscription sur les immeubles de son mari pour *toutes causes de recours* qu'elle peut avoir contre lui.

La renonciation faite, même dans le contrat de mariage, à la faculté de prendre inscription du chef de ses *reprises* ou d'*autres causes de recours,* serait donc nulle (art. 67).

Mais la femme peut-elle, dans son contrat de mariage, renoncer à la faculté de prendre inscription pour sûreté de sa *dot* et de ses *conventions matrimoniales?*

Digitized by Google

Sous le code, il ne pouvait pas être convenu qu'il ne serait pris aucune inscription pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales (art. 2140). La nouvelle loi non seulement ne défend pas une semblable convention, mais elle l'autorise implicitement en se bornant à proscrire la clause qui exclurait l'inscription du chef des *reprises* et *autres causes de recours*. Et cette distinction est rationnelle. Car, en renonçant à prendre des sûretés pour sa *dot* et pour ses *conventions matrimoniales*, la femme connaît l'étendue de ses risques et des pertes auxquelles elle s'expose. Elle pourrait même *donner*, donc aussi *risquer* sa dot. Mais il est impossible de prévoir, avant le mariage, l'importance des reprises et autres causes de recours qu'elle pourrait avoir un jour contre son mari.

1776. De même que le tuteur (n° 1751), le mari peut demander la *réduction* de l'hypothèque *légale*, lorsqu'elle est excessive. « Dans le cas des articles 66, 67, 69, 70, dit l'article 72, le mari pourra demander que l'hypothèque inscrite pour raison des reprises de la femme soit réduite aux sommes que la femme peut avoir à réclamer, et restreinte aux immeubles suffisants pour les garantir.

« Le tribunal statuera comme en matière sommaire, le procureur du roi entendu et contradictoirement avec lui, après avoir pris l'avis des trois plus proches parents de la femme, et à défaut de parents dans la distance de deux myriamètres, l'avis de trois personnes connues pour avoir avec la femme ou sa famille des relations d'amitié. »

La loi ne veut restreindre la capacité du mari et la liberté de disposer de ses biens que dans les limites rigoureusement nécessaires à la conservation des droits de la femme, dit l'exposé de motifs, chapitre II, § II.

1777. Le mari ne peut pas demander la réduction de l'hypothèque *conventionnelle*, ni quant à la somme, ni quant aux immeubles (*suprà*, n° 1766).

Il peut requérir la réduction de toutes les inscriptions prises pendant le mariage, non seulement de celles qui ont pour raison les *reprises* de la femme, comme le dit le texte de l'alinéa 1er de l'article 72, mais aussi des inscriptions prises pour sûreté des *conventions matrimoniales*. Ce qui le prouve, c'est le renvoi à l'ar-

Digitized by Google

ticle 66, dans lequel il n'est question que des inscriptions prises du chef de la *dot* et des *conventions matrimoniales*.

En ce qui concerne les reprises, le mari peut même demander la radiation des inscriptions, si la cause sur laquelle elles sont fondées a cessé, par exemple, si, après l'aliénation d'un propre de la femme, il a fait remploi du prix. (Voy. t. III, n° 594.)

1778. Le texte de l'article 72 (n° 1775) prescrit la manière de procéder pour obtenir la réduction. Il y a dissentiment entre les auteurs sur la question de savoir si la femme doit être citée devant le tribunal ou non. Suivant les uns, elle doit être citée ; suivant d'autres, elle est représentée par le ministère public ; selon le rapporteur au sénat, son intervention est remplacée par les trois parents. But de l'intervention des trois parents : empêcher que la femme ne cède trop facilement à la demande du mari.

Nous ne croyons pas que l'intervention du ministère public, et la nécessité de l'avis des trois parents ait pour effet de changer les règles ordinaires de la procédure, d'après lesquelles les parties doivent toujours figurer personnellement dans les procès. La femme doit donc être citée. (Martou, n° 943.)

C. *De l'hypothèque légale de la femme étrangère ou mariée en pays étranger.*

1779. La question de savoir si la femme étrangère ou belge, mariée en pays étranger, a une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique, était très controversée sous le code. Elle ne l'est plus aujourd'hui. « La femme étrangère, même mariée en pays étranger, aura hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique dans le cas et en conformité du § 2, section 1re du chapitre III de la présente loi », dit l'article II, 2 additionnel, alinéa 2. (Comparez *suprà*, n° 1759).

Pour prendre inscription pendant le mariage, la femme doit donc obtenir l'autorisation du président du *tribunal de son domicile,* c'est-à-dire du *domicile conjugal*.

Mais lorsque la femme domiciliée en pays étranger voudra prendre inscription hypothécaire pendant le mariage, à qui devra-t-elle s'adresser pour obtenir cette autorisation, alors sur-

Digitized by Google

tout que la loi étrangère ne donne pas à ce magistrat le pouvoir de l'accorder? On ne peut se le dissimuler, la loi présente ici une lacune.

1780. L'hypothèque légale de la femme ne dépend pas de la condition de la réciprocité. Elle n'est pas non plus subordonnée à la condition de l'observation de l'article 171 du code civil, comme l'enseignent quelques auteurs (t. Ier, n° 327). La nouvelle loi ne fait pas dépendre l'hypothèque de cette condition. Mais elle suppose que la femme ait une hypothèque légale d'après les lois de son propre pays. (Voy. *suprà*, n° 1761.)

1781. Mais l'acte sur lequel la femme veut fonder son inscription doit nécessairement être *authentique*, quand même, dans le pays où le mariage a été contracté, il serait permis de faire des contrats de mariage sous seing privé, et que la femme y pourrait avoir hypothèque en vertu de ces actes (art. II, 2 addit., alin. 3, *suprà*, n° 1759).

III. DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE L'ÉTAT, DES PROVINCES, DES COMMUNES, ETC.

1782. Sous le code, cette hypothèque était *générale;* elle frappait *tous* les biens présents et futurs du comptable, et pour des sommes indéterminées; mais elle devait être *inscrite* (articles 2121, 2122; *suprà*, n° 1657).

Aujourd'hui, cette hypothèque est soumise aux règles de *publicité et* de *spécialité;* l'inscription doit indiquer la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur déterminée, soit actuelle soit éventuelle, et elle doit désigner spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels elle est prise (art. 47, 89).

1783. L'hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics a lieu pour sûreté des sommes dont le comptable pourrait devenir débiteur. L'inscription peut être prise sur tous les biens présents et sur les biens futurs, à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du receveur ou administrateur.

Le droit de demander la réduction de l'inscription, appartenant au tuteur et au mari, lorsqu'elle est excessive, n'est pas attribué

Digitized by Google

au comptable, ni pour la détermination de la somme, ni pour la quantité des immeubles.

Au reste, les droits, priviléges et hypothèques de l'État et des institutions publiques sur les biens de leurs débiteurs sont réglés par des lois spéciales.

Mais, contrairement au droit romain, suivi par l'ancienne jurisprudence, le trésor public ne peut obtenir de privilége *au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers* (art. 15; code civil, art. 2098).

1783 *bis*. La nouvelle loi étend aussi l'hypothèque légale de l'État, des provinces, etc., aux *biens futurs de la femme* du comptable, à moins qu'elle ne les ait acquis, soit à titre de succession ou de donation, soit à titre onéreux, de ses deniers propres (art. 48). Cette disposition est une généralisation de celle qui se trouve dans les articles 2 et 4 de la loi du 5 septembre 1807 relative aux droits du *trésor public* sur les biens des comptables. La loi a voulu prévenir les fraudes au préjudice du trésor, etc., et empêcher que le mari comptable ne fît des acquisitions avec les deniers publics, en les mettant sur le nom de sa femme. Les acquisitions futures de la femme sont présumées vis-à-vis du trésor, etc., être faites avec les deniers du mari, sauf la preuve du contraire. (Comparez le code de commerce, art. 547.)

Par biens *futurs* de la femme, il faut entendre ceux qu'elle a acquis postérieurement à la célébration du mariage, si le mari était déjà administrateur comptable à cette époque; et, s'il n'est entré en fonctions que pendant le mariage, les biens acquis après son entrée en fonctions.

IV. DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU TRÉSOR PUBLIC POUR SURETÉ DU PAYEMENT DES DROITS DE SUCCESSION ET DE MUTATION.

1783 *ter*. L'article 3 de la loi du 27 décembre 1817 porte qu'à compter du jour du décès, le trésor public a, pour sûreté du payement du droit de succession et de celui de mutation, une hypothèque légale et générale sur tous les immeubles délaissés par le défunt dans le royaume, *sans qu'il soit besoin de cette hypothèque d'aucune inscription sur les registres des conservateurs des hypothèques*.

Digitized by Google

Cette hypothèque existe-t-elle encore sans inscription aujourd'hui, en présence de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851? La question est controversée.

Pour la nécessité de l'inscription on invoque l'article 89 de la loi du 16 décembre 1851, qui soumet à la *publicité* et à la *spécialité* toutes les hypothèques légales de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics.

Malgré cet article, nous croyons que l'inscription n'est pas nécessaire. Car la loi du 27 décembre 1817 déclare formellement que cette hypothèque n'a pas besoin d'être inscrite, et l'article 26 de la loi du 17 *décembre* 1851, *donc postérieure* à la loi hypothécaire, qui est du 16 du même mois, porte que toutes les dispositions législatives, auxquelles il n'est pas expressément dérogé sont et demeurent maintenues. Nous devons donc appliquer ici la règle qu'une loi spéciale déroge à la loi générale, d'autant plus qu'une loi *postérieure* à la loi générale maintient cette dérogation. (Voy., en ce sens, Bastiné, *Théorie du droit fiscal*, 2e partie : *Des droits de succession*, n° 331; Bruxelles, 21 juin 1877, P., 1877, 381.)

L'hypothèque du trésor public date et prend rang du jour du décès; elle ne peut, dans aucun cas, porter préjudice aux droits acquis des tiers avant le décès.

Cette hypothèque est éteinte au dernier jour du douzième mois qui suit celui dans lequel échoit le délai fixé par la loi ou prolongé par le roi pour la déclaration de succession, si avant ladite époque des poursuites judiciaires n'ont pas été commencées (loi du 27 décembre 1817, art. 3, alin. 2).

V. DISPOSITIONS TRANSITOIRES RELATIVES AUX HYPOTHÈQUES LÉGALES.

1784. La loi n'a pas et ne doit pas avoir d'effet rétroactif. Le législateur, en réglant les difficultés auxquelles peut donner lieu la transition d'une législation à une autre, doit respecter les *droits acquis*. C'est ce que la loi du 16 décembre 1851 a fait. Mais elle n'a pas cru méconnaître le principe de non-rétroactivité en soumettant les droits antérieurement acquis à certaines conditions et formalités nouvelles pour en régler l'exercice. (Voy. t. I,

Digitized by Google

nos 38-44.) Les règles prescrites à cet effet se trouvent dans les *dispositions transitoires* qui forment une annexe de la loi hypothécaire.

1785. 1°. L'article 1er de ces dispositions prescrit que toutes les hypothèques occultes ou *existant sans inscription* au moment où la loi hypothécaire est devenue obligatoire, c'est-à-dire celles des mineurs et des femmes mariées, seront inscrites dans l'année qui suivra sa mise en vigueur, dans les formes établies par cette loi. L'inscription doit indiquer l'époque à laquelle remonte l'hypothèque.

Donc, les hypothèques légales qui ont été inscrites conformément à la nouvelle loi, avant le 1er janvier 1853, ont conservé le rang qu'elles avaient sous le code, c'est-à-dire celles des mineurs du jour de l'ouverture ou de l'acceptation de la tutelle; celles des femmes mariées, du jour du mariage, ou du jour où la cause de leurs reprises est née, suivant que l'hypothèque existait pour sûreté de leurs dots et conventions matrimoniales ou pour sûreté de leurs reprises et indemnités (code civil, art. 2135.)

Les articles 5, 6 et 7, qui désignent les personnes spécialement chargées de veiller à ce que ces inscriptions soient prises en temps utile, n'ont plus d'application aujourd'hui, si ce n'est pour apprécier leur responsabilité en cas d'omission.

1786. 2° Les hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées qui n'ont pas été inscrites avant le 1er janvier 1853 dans les formes établies par la nouvelle loi ont pu être inscrites *encore après cette date,* et elles *peuvent l'être encore actuellement;* mais, dans ce cas, elles n'ont ou elles n'auront d'effet et de rang qu'à compter du jour de leur inscription. (Jugement du tribunal de Tongres du 15 mars 1854, B. J., t. 12, 549; Brux., 4 août 1856, B. J., t. 14, 1329; P., 1857, 38; *Dispositions transitoires,* art. 4.)

1787. 3° Les hypothèques légales pour lesquelles, au moment où la nouvelle loi est devenue obligatoire, il avait été valablement pris inscription, sans désignation spéciale des immeubles (donc aussi l'hypothèque de l'État, etc.), ont dû, *pour conserver leurs effets* et leur rang, être inscrites dans l'année de la mise en vigueur de la nouvelle loi, donc avant le 1er janvier 1853, dans les formes établies par cette loi, c'est-à-dire avec *indication spéciale* des immeubles affectés à la créance et avec *détermination*

Digitized by Google

de la créance à conserver, soit actuelle, soit éventuelle (art. 9).

Les hypothèques inscrites qui n'ont pas été spécialisées dans ce délai peuvent *toujours* encore être inscrites conformément aux règles de la loi nouvelle, mais alors elles n'auront de rang qu'à compter du jour de cette inscription. Cette thèse n'est pas explicitement énoncée dans les dispositions transitoires, mais il faut l'admettre par analogie et en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi (*suprà*, n° 1786).

Pour requérir cette inscription, le créancier n'est pas tenu de représenter le titre de sa créance, mais l'inscription doit contenir l'indication précise de l'inscription renouvelée.

L'action en réduction est ouverte au débiteur dans les cas prévus par le code civil. C'est encore une conséquence de la non rétroactivité de la loi (art. 9, alin. 3).

1788. 4° Le droit que l'hypothèque légale donnait au créancier sur les biens *futurs* de son débiteur a été conservé et régularisé conformément à la loi nouvelle par l'article 10 des dispositions transitoires. Les hypothèques légales antérieures ne frappent les immeubles futurs du débiteur qu'au moyen d'inscriptions requises dans la forme prescrite par la loi nouvelle.

Ces inscriptions donneront rang à l'hypothèque à la date de la transcription des actes d'acquisition soumis à cette formalité et à dater du jour de l'acquisition même, dans les cas où la transcription n'est pas requise, pourvu que les inscriptions soient prises dans le délai de trois mois à partir d'une de ces époques; si elles sont prises après ce délai, elles n'auront rang qu'à leur date (art. 10, alin. 2).

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES (art. 73-80).

DÉFINITION.

1789. L'hypothèque conventionnelle est celle qui est constituée par le libre consentement des parties. Elle est régie par les principes généraux sur les conventions; elle doit donc, bien

Digitized by Google

qu'elle soit un acte unilatéral, être *acceptée* par le créancier soit en personne, soit par son mandataire ou *negotiorum gestor*. (T. III, n[os] 10, 11, et *suprà*, 1750; Liége, 19 janvier 1856, B. J., t. 15, 450, P., 1857, 350; cass., 29 mai 1863, B. J., t. 21, 1028, P., 1863, 212; Liége, 19 févr. 1879, B. J., t. 37, 387; Exposé des motifs de l'art. 76, Delebecque, n° 379.) Le mandat d'accepter peut être donné verbalement. (Gand, 11 août 1875, P., 1876, 44; Liége, 25 janvier 1877, P., 1877, 214.) L'acceptation peut même résulter tacitement d'actes postérieurs. (Chambéry, 20 janv. 1872, D., 1873, 2, 146; Gand, 29 mai 1879, B. J., t. 37, 1123.) M. Laurent enseigne que l'acte d'acceptation par le créancier doit se faire par acte notarié (t. XXX, n[os] 438-445).

Souvent on a constitué et on constitue encore une hypothèque par un acte notarié dans lequel le créancier n'intervient pas pour l'accepter. On ne mentionne pas l'acceptation, ou bien on la fait faire par quelqu'un qui n'a pas un pouvoir régulier du créancier. Bien que nous croyions que ces actes sont valables, parce que l'acceptation de l'hypothèque résulte ou de la remise des fonds faite par le créancier ou de l'inscription requise par lui, nous donnons, à cause des doutes qui ont été soulevés au sujet de la validité de ces actes, et dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, aux notaires le conseil de ne pas faire de cette manière les actes de constitution d'hypothèques, mais d'y faire intervenir le créancier lui-même, ou bien de le faire représenter par un mandataire muni d'un pouvoir d'accepter fait en due forme, c'est-à-dire en la forme authentique.

I. DES PERSONNES QUI PEUVENT CONSTITUER HYPOTHÈQUE.

1790. L'hypothèque peut être consentie par le débiteur lui-même ou par un tiers pour la dette d'autrui. Si le tiers qui a consenti l'hypothèque ne s'est pas personnellement obligé, il n'est pas caution, et ne peut, par conséquent, pas opposer à son créancier le bénéfice de discussion (art. 2021, 2077).

1791. *Deux* conditions sont nécessaires pour pouvoir consentir hypothèque :

1° *Il faut être propriétaire de la chose hypothéquée*, ou avoir sur la chose le droit réel que l'on veut soumettre à l'hypothèque (*suprà*, n[os] 1660, 1661, et art. 78);

Digitized by Google

2° *Il faut avoir capacité d'aliéner les immeubles* (art. 73).

1792. 1° Il faut être *propriétaire* de la chose que l'on veut hypothéquer. D'après le droit romain, la *vente* de la chose d'autrui est valable, mais on ne peut pas valablement *hypothéquer* la chose d'autrui. (L. 6, C., *Si aliena res pignori*, 8, 16.) « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable », dit l'article 78, « que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque de sa créance. Les *biens à venir* ne peuvent pas être hypothéqués. »

1793. Mais cette constitution d'hypothèque serait-elle validée si le constituant devenait plus tard propriétaire de l'immeuble hypothéqué, par exemple par succession, soit à titre universel, soit à titre particulier? Sous le droit romain, l'hypothèque était validée; sous le code civil, il y avait controverse. (Troplong, n°s 521-526.)

La question n'est pas décidée en toutes lettres par la nouvelle loi, mais il résulte des discussions et de la suppression de l'article 2130 du code civil, qui permettait d'hypothéquer les biens à venir, que le législateur a adopté l'opinion négative. L'article 2130 avait été supprimé dans le projet primitif, parce qu'il détruit en partie le principe de la spécialité et, en outre, parce que la faculté de grever les biens à venir offre un aliment à la prodigalité, favorise l'usure et forme une exception dangereuse à la règle qui interdit les stipulations sur les successions futures. (Exposé des motifs de l'art. 78.)

La commission de la chambre a proposé l'article tel qu'il est, en rétablissant le mot *actuellement*, supprimé comme inutile par la commission spéciale. « En présentant l'article *tel qu'il est rédigé* », dit le rapporteur sur l'article 78, « la commission tranche une difficulté qui s'était élevée à cet égard, et *notre* opinion sur ce point résulte *évidemment* du texte légal, exigeant que l'immeuble appartienne au débiteur *lors de la constitution d'hypothèque*, et défendant d'affecter les biens à venir. L'hypothèque constituée sur le bien d'autrui ne serait pas consolidée par l'acquisition que pourrait faire le débiteur du bien hypothéqué. »

La chambre a adopté l'article ainsi proposé.

Digitized by Google

1794. La défense d'hypothéquer des biens qui n'appartiennent pas actuellement au débiteur, ou à celui qui a consenti l'hypothèque, a fait naître plusieurs questions très controversées. Qui peut opposer la nullité d'une semblable hypothèque? Et notamment celui qui a hypothéqué la chose d'autrui est-il lui-même recevable à opposer cette nullité, ou bien, ne sera-t-il pas repoussé par l'exception de garantie : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio?*

L'hypothèque n'est-elle pas validée dans le cas où le propriétaire de la chose illégalement hypothéquée devient héritier du débiteur? Peut-on hypothéquer un immeuble d'autrui *spécialement désigné* sous la condition qu'on en deviendrait propriétaire?

Ces questions sont susceptibles de décisions diverses selon le point de vue où l'on se place. Mais d'après les travaux préparatoires de la loi de 1851, il y a un élément nouveau de solution, c'est l'*intérêt du débiteur*. La possibilité d'hypothéquer la chose d'autrui, a-t-il été dit, offre un aliment à la prodigalité, favorise l'usure et des passions sur lesquelles certains prêteurs ne craignent pas de spéculer. Or, le législateur aurait manqué son but, si le débiteur *lui-même* ne pouvait pas opposer la nullité de l'hypothèque consentie sur le bien d'autrui, ou s'il devait la reconnaître en devenant héritier ou propriétaire du fonds sur lequel il avait établi l'hypothèque; et il lui serait trop facile d'éluder la prohibition de la loi s'il pouvait hypothéquer le bien d'autrui sous la condition qu'il en deviendrait propriétaire.

Nous croyons donc que toutes ces questions doivent être résolues négativement. (Voy. rapport de la commission de la chambre des représentants sur l'art. 72 du projet; Laurent, XXX, nos 467, 474.)

1795. On ne peut pas hypothéquer les biens futurs. Ainsi, lorsque quelqu'un a établi une hypothèque sur ses biens présents et futurs, elle n'est valable que pour les biens présents. L'hypothèque consentie sur les biens à venir est contraire au principe de la spécialité.

1796. Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision (art. 74).

Digitized by Google

Si celui qui a sur un immeuble un droit dépendant d'une condition suspensive consent une hypothèque sur cet immeuble, et que la condition s'accomplisse, l'hypothèque a un effet rétroactif au jour de la constitution. Le débiteur sera alors censé avoir été propriétaire depuis le jour où il a passé l'acte d'acquisition de l'immeuble (art. 1181).

Si une hypothèque a été consentie sur un immeuble sur lequel le propriétaire n'avait qu'un droit résoluble dans certains cas, le droit du créancier hypothécaire est révocable, peu importe qu'il ait eu connaissance ou non de la révocabilité de la propriété, mais pourvu que la clause résolutoire du droit de propriété ait été transcrite (art. 3, 4, 28, et *suprà*, nos 1628-1631, 1700). De même est nulle la constitution d'hypothèque sur des immeubles saisis, lorsque la saisie a été transcrite. (Liége, 6 août 1859, P., 1861, 178.)

1797. Le *propriétaire par indivis* peut hypothéquer sa part *indivise;* mais, en vertu de l'effet déclaratif du partage, les immeubles qui ne tombent pas dans son lot sont affranchis de l'hypothèque (code civil, art. 883). Toutefois, d'après l'article 2 de la loi du 15 août 1854 sur l'*expropriation forcée*, le droit du créancier hypothécaire sera reporté, en cas de licitation, sur la part du débiteur dans le prix, et en cas de partage avec soulte, sur la soulte qui doit lui être payée. L'hypothèque constituée sur la part indivise d'un cohéritier dans tous les immeubles d'une succession frappe la totalité de ceux qui lui sont échus par le partage. (Jugement du tribunal d'Audenarde (sans date) 1868, B. J., t. 26, 792 et le réquisitoire de M. Haus.)

L'hypothèque consentie par un copropriétaire sur sa part indivise reste efficace si, par suite de licitation, un étranger non copartageant devient propriétaire de cet immeuble. (Liége, 21 janvier 1859, B. J., t. 17, 1153.)

1798. 2. Il faut *capacité d'aliéner* les immeubles que l'on soumet à l'hypothèque (art. 73).

Les biens des mineurs émancipés ou non émancipés et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes que nous avons expliquées au tome Ier, nos 745-748, 772, 792.

Il a été question de la capacité d'hypothéquer de l'individu

Digitized by Google

placé sous conseil judiciaire, au tome Ier, n° 816, et de celle de la femme mariée, au même tome, nos 383 2°, 386.

1799. L'hypothèque des biens des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et les interdits (art. 75, alin. 2). Faut-il, à cet effet, une délibération du conseil de famille? L'opinion négative semble avoir été celle de la commission du gouvernement, qui déclare forcée l'extension donnée à l'article 457 du code civil et émet le vœu qu'une disposition nouvelle et spéciale, insérée au titre *Des absents*, détaille les causes et les formes de l'hypothèque que pourraient consentir les envoyés en possession provisoire. Ce vœu n'a pas été réalisé. Mais la commission de la chambre des représentants a proposé l'article qui est devenu loi, et le rapporteur de cette commission l'a ainsi motivé : « L'envoyé en possession, envisagé comme un simple administrateur, ne pourra hypothéquer les immeubles qu'avec l'*autorisation du conseil de famille* et l'homologation de la justice. » Le rapport au sénat a adhéré à ces motifs, et les deux chambres ont voté la proposition ainsi motivée. En présence de ces faits, nous croyons donc que le législateur a eu l'intention de soumettre l'hypothèque des biens de l'absent à l'autorisation du conseil de famille.

1800. Le mineur ou la femme mariée peuvent, après la majorité ou la dissolution du mariage, ratifier la constitution d'hypothèque consentie pendant la minorité ou pendant le mariage. Mais quel sera l'effet de cette ratification? Aura-t-elle un effet rétroactif au jour de la constitution ou non? Peut-elle être opposée aux créanciers qui ont acquis hypothèque sur le même immeuble postérieurement à la majorité ou à la dissolution du mariage, mais avant la ratification? Cette controverse n'a pas été décidée par la nouvelle loi.

Nous croyons que cette ratification doit avoir un effet rétroactif pour les motifs expliqués *suprà*, t. III, n° 372.

1801. Le commerçant en faillite ne peut pas consentir hypothèque. Même les hypothèques consenties dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite peuvent être annulées. (Loi du 18 avril 1851, art. 444, 445.)

1802. La promesse de ne pas aliéner ne prive pas le promet-

Digitized by Google

tant du droit de consentir hypothèque; l'hypothèque consentie par lui est valable, mais la violation de sa promesse peut l'obliger à des dommages-intérêts.

II. DES OBLIGATIONS POUR SURETÉ DESQUELLES ON PEUT CONSTITUER HYPOTHÈQUE.

1803. On peut consentir hypothèque pour toute obligation civilement ou naturellement valable (arg. de l'art. 2012).

On peut constituer hypothèque pour une créance future ou conditionnelle, quand même cette créance ne devrait prendre naissance qu'en vertu d'un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté du débiteur. Mais la *somme* pour laquelle l'hypothèque est consentie doit toujours être *déterminée*. C'est une conséquence du principe de la *spécialité* des hypothèques (art. 80, alin. 1, 2).

1804. L'article 80, alinéa 3, tranche différentes controverses très importantes relatives à l'hypothèque consentie pour *un crédit ouvert*.

On se demandait d'abord si l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert était *valable* en principe? La raison de douter était tirée de l'article 1174 du code civil. L'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige est nulle, disait-on; or, celui au profit duquel le crédit a été ouvert est libre d'en user ou de ne pas en user; il ne résulte donc encore *aucune obligation* pour lui de l'*acte même* d'ouverture de crédit et de constitution d'hypothèque, puisqu'il ne sera tenu de rembourser que lorsqu'il aura réalisé le crédit.

La deuxième question, souvent agitée, était celle de savoir si l'hypothèque remontait, pour *toutes les sommes* successivement avancées, au jour de l'inscription, ou bien si elle ne prenait rang pour chacune d'elles qu'au jour de chaque avance effectuée? L'hypothèque, étant un droit *accessoire*, ne peut pas avoir existé *avant* la créance, disait-on.

1805. « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée, *qu'on s'oblige à fournir*, est valable; elle prend rang à la date *de son inscription*, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds

Digitized by Google

qui pourra être établie par tous moyens légaux », dit l'article 80, alinéa 3.

Ces deux questions sont donc résolues par la nouvelle loi. Voici comment les travaux préparatoires concilient ces solutions avec les principes généraux de droit. Le banquier qui a ouvert un crédit sur sa caisse est censé avoir immédiatement remis les fonds à l'emprunteur, et avoir à l'instant même contre ce dernier une créance égale à la totalité du crédit. Mais ce dernier, au lieu de garder ces fonds dans sa propre caisse, les laisse chez le banquier, qui les garde *en dépôt à la disposition de l'emprunteur*. C'est pour cette raison que l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert n'est valable que lorsque le banquier, de son côté, a *contracté l'obligation de fournir* les fonds; s'il lui était facultatif de les refuser, l'hypothèque serait nulle. (Cass., 1er fév. 1855, B. J., t. 13, 585; P., 1855, 76.)

L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert ne peut garantir que les avances à faire en exécution de ce crédit; elle ne peut couvrir les créances antérieures exigibles que s'il s'est opéré novation entre parties. (Liége, 26 déc. 1866, P., 1867, 161; Brux., 27 juillet 1874, B. J., t. 37, 138, P., 1874, 325; Gand, 2 août 1877, P., 1878, 180, et 1er août 1878, P., 1878, 337; Caen, 21 mars 1867, D., 1869, 1, 202 sous Cass., 8 mars 1869.)

Il résulte de la règle mentionnée au n° 1803, que l'acte de constitution de l'hypothèque doit *déterminer toute la somme* pour laquelle le crédit est ouvert.

L'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert pour un temps déterminé, avec stipulation qu'à l'expiration de ce temps le compte courant sera balancé et arrêté, ne vaut que pour la somme dont le crédité se trouvait débiteur au terme fixé, bien que le compte courant se soit continué entre les parties. (Bordeaux, 19 août 1874, D., 1877, 2, 230.)

L'article 26, alinéa 2, de la loi sur la lettre de change, du 20 mai 1872 (titre VIIIe du nouveau code de commerce), porte : « Si l'hypothèque a été consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, « les porteurs des effets créés ou négociés en vertu de cette « ouverture de crédit ne pourront en profiter que jusqu'à con- « currence du solde final du compte. »

Digitized by Google

Ces derniers mots sont très obscurs, et une longue discussion a été engagée sur la question de savoir à quelle époque il faut fixer le solde final du compte? C'est une question de droit commercial. (Voy. Namur, *Code de commerce belge*, n[os] 544-546.)

III. DES ACTES CONTENANT CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE.

1806. L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire (art. 76; code civil, art. 2127; comparez avec l'art. 2, *suprà*, n° 1637). Les parties comparaissant en conciliation devant le juge de paix peuvent valablement consentir une hypothèque par la convention arrêtée devant le juge de paix et insérée au procès-verbal d'audience. Une semblable convention a force d'obligation privée et elle est reconnue en justice (art. 54 du code de procédure civile).

C'est par application de ce principe qu'il a été décidé que le pouvoir à l'effet d'hypothéquer, donné par l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme aux administrateurs de cette société, doit être dressé par acte authentique, de même que la ratification donnée par l'assemblée générale à la constitution d'hypothèque émanée des administrateurs. (Paris, 5 juillet 1877, D., 1877, 2, 168).

Mais lorsque les statuts d'une société de charbonnage autorisent le directeur-gérant, représentant régulier de cette société, à hypothéquer les immeubles de la société, l'autorisation de consentir une hypothèque, donnée par le conseil de surveillance au directeur, à titre de contrôle et de mesure d'administration intérieure, ne doit pas revêtir la forme authentique. Semblable autorisation ne peut pas être assimilée à une procuration aux termes de l'article 76, alinéa 2, de la loi de 1851. (Liége, 12 juin 1878, B. J., t. 36, 822.)

L'acte *constitutif de l'hypothèque* seul doit être authentique ou reconnu en justice, mais non pas l'acte constitutif de la dette. Il peut être sous seing privé. (Gand, 17 juillet 1872, P., 1872, 420; Brux., 20 juillet 1876, P., 1877, 81.)

Les *procurations* à l'effet de constituer hypothèque doivent être données dans la même forme (art. 76, alin. 2).

Digitized by Google

Les placements sur hypothèque doivent présenter une entière sécurité, et, en aucun cas, leur sort ne doit dépendre de la simple dénégation d'une signature. (Exposé des motifs, sur l'art. 76.)

Sous le code, il y avait controverse sur la question de savoir si la *procuration* à l'effet de constituer hypothèque devait être authentique.

1807. L'hypothèque doit également être *acceptée* par acte authentique, et elle ne peut produire d'effet qu'après la constatation de l'acceptation en cette forme. Mais cette acceptation du créancier peut se faire tacitement par l'inscription. (Voy. les arrêts cités *suprà*, n° 1789.)

1808. S'il faut un acte authentique pour constituer l'*hypothèque même*, c'est-à-dire le droit réel sur l'immeuble, il n'en est pas de même de la *promesse d'hypothéquer*, laquelle n'est soumise à aucune formalité. Elle peut donc être faite valablement par acte sous seing privé, par lettre missive ou par convention purement verbale, et si le débiteur se refusait à l'exécuter, il pourrait y être contraint par le tribunal, et le jugement serait alors le titre tenant lieu de convention, en vertu duquel l'inscription pourrait s'effectuer (art. 1er, alin. 2, et *suprà*, n° 1621. *Contrà*, Laurent, XXX, nos 453-455). Une semblable hypothèque serait *conventionnelle*, et non judiciaire. (Voy. *Belgique judiciaire*, t. 14, p. 993 et suiv.)

1809. L'acte de constitution de l'hypothèque doit contenir, sur les parties contractantes, sur les immeubles soumis à l'hypothèque et sur la créance pour sûreté de laquelle elle est établie, des indications précises et suffisantes pour servir de base à l'inscription. Ainsi, il doit déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque, et le montant de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie (art. 78, 80, alin. 1 et 2). Une indication conçue en termes généraux ne suffirait pas; par exemple elle ne serait pas valable si elle comprenait *tous les biens situés dans une commune déterminée*, sans autre spécialisation que celle de la nature de ces biens. Mais, s'il s'agissait d'un domaine, d'un corps de ferme ou d'une métairie, il suffirait d'en énoncer le nom et la situation, avec désignation des diverses parties qui les composent. (Exposé des motifs et Rapport de la commission de la

Digitized by Google

Chambre sur l'art. 78. Liége, 15 janv. 1859, B. J., t. 17, 1155; P., 1859, 152.)

1810. D'après l'article 2128 du code civil, les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens situés en France, à moins qu'il n'y ait des dispositions contraires dans les lois politiques ou les traités. Ce principe est certes une grande inconséquence dans le système du code, qui ne défend pas de vendre les biens situés en France par actes passés en pays étranger, ou d'en disposer par contrat de mariage, et même par testament fait à l'étranger (code civil, art. 999).

Le législateur belge de 1851, pour effacer cette diversité de principes, mais surtout pour faciliter, multiplier et garantir les transactions faites à l'étranger à une époque où les relations internationales ont acquis tant d'activité et d'importance, a proclamé la règle que les hypothèques sur les immeubles situés en Belgique, consenties par actes passés en pays étranger, ont de l'effet en Belgique. (Exposé des motifs de l'art. 77.)

L'application de cette règle n'est pas subordonnée à la condition de réciprocité, pas plus que l'existence de l'hypothèque légale des femmes et mineurs étrangers (*suprà*, nos 1759, 1760, 1779, 1780).

La loi ne distingue pas non plus entre les contrats passés entre des Belges et les contrats passés entre étrangers.

1811. Les conditions sous lesquelles l'acte passé à l'étranger peut constituer hypothèque en Belgique sont :

1° Il faut qu'il soit *authentique*, quand même, dans le pays où il a été fait, une hypothèque pourrait être constituée par acte sous seing privé. (Voy. t. Ier, n° 76.)

2° Que l'authenticité de l'acte soit constatée par le *visa* du président du tribunal civil de la situation des biens. « Ce magistrat est chargé de vérifier, dit l'article 77, si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. »

« L'appel de la décision du président sera interjeté par requête adressée à la cour, qui statuera comme en matière d'appel de référé. »

Le *visa* doit être demandé par requête écrite adressée au pré-

Digitized by Google

sident du tribunal, mais sans le ministère des avoués. (Circulaires des ministres de la justice et des finances en date des 16 février et 19 avril 1859, B. J., t. 17, 1166).

Les traités ou les lois politiques peuvent même dispenser du *visa* du président du tribunal.

Il ne faut pas confondre ce *visa* avec la légalisation ; celle-ci constate la *sincérité des signatures* apposées à l'acte ; le *visa* en constate la *forme authentique*.

3° Les procurations, qui sont le complément des actes passés en pays étranger, sont soumises au même visa. Cette règle ne s'applique pas seulement aux procurations faites à l'étranger à l'effet de passer *en pays étranger* les actes de constitution d'hypothèque, mais aussi aux procurations passées en pays étranger à l'effet de consentir *par des actes à passer en Belgique* hypothèque sur des biens situés en ce pays. (Cass. belge, 13 janvier 1853, B. J., t. 11, 337; P., 1853, 104; Trib. civil de Charleroi, 8 mars 1856, B. J., t. 14, 418.)

SECTION III.

DE L'HYPOTHÈQUE TESTAMENTAIRE (art 44).

1812. En droit romain, on peut assurer *à un créancier le payement de sa créance* en lui léguant un droit de gage ou d'hypothèque sur une chose de la succession ou sur toute la succession. (Voy. MAYNZ, *Cours de droit romain,* 4e édit., § 156.) C'est l'hypothèque testamentaire. Le code civil ne connaît pas d'hypothèque testamentaire.

Le projet primitif de l'alinéa 3 de l'article 44 de la loi hypothécaire portait : « L'hypothèque testamentaire est celle qui est « établie par le testateur *sur un ou plusieurs immeubles spéciale-* « *ment désignés dans le testament,* » et, d'après la pensée de la commission spéciale, le testateur devait avoir la faculté de constituer une hypothèque sur ses biens, *pour assurer le payement d'une dette ou d'un legs,* comme en droit romain. Elle croyait cette

Digitized by Google

disposition d'autant plus utile, que la suppression des hypothèques générales devait nécessairement comprendre l'abolition de l'hypothèque résultant de l'article 1017 en faveur des légataires sur tous les biens de la succession.

D'après un amendement du ministre de la justice, d'accord avec la commission de la Chambre, l'article 44, alinéa 3, fut rédigé comme il l'est actuellement, de sorte que l'hypothèque *testamentaire* ne peut être établie que pour garantie *des legs faits par le testateur*, et non pas pour garantie du payement d'une dette du testateur.

1813. Les rapporteurs à la chambre et au sénat ont déclaré qu'au moyen de cette disposition, il était entendu que l'hypothèque générale résultant des articles 1009, 1012 et 1017 du code civil était abrogée. Cette hypothèque, bien qu'elle n'ait pas été expressément abolie, doit être considérée comme supprimée aujourd'hui. C'était l'avis unanime de la commission de la chambre. (Voy. 2e rapport de M. Lelièvre, sur les amendements; Thiry, dans la *Belgique judiciaire*, t. 15, p. 817.) Suivant Martou, n° 708, cette hypothèque générale n'a pas été abrogée.

Tous les légataires ont encore le privilége de la séparation des patrimoines qu'ils peuvent faire inscrire, conformément à l'article 39 (*suprà*, nos 1701, 1720, 1721).

1814. L'hypothèque testamentaire donne un droit de préférence au légataire qui l'a obtenue; elle renferme donc virtuellement la déclaration du testateur, qu'en cas d'insuffisance de la succession pour payer toutes les libéralités, il entend que le legs garanti par l'hypothèque soit acquittée de préférence aux autres (code civ., art. 927). Mais l'hypothèque ne donne aucune préférence sur les créanciers de la succession.

1815. Pour que l'hypothèque testamentaire soit valable, il faut que le testament contienne désignation des immeubles grevés et fixation de la somme à garantir (arg. art. 76).

1816. L'hypothèque peut-elle être établie par un testament *olographe* ou *mystique?* Suivant Delebecque, n° 233, il faut que le testament constitutif de l'hypothèque soit authentique, ou, s'il est olographe, qu'il soit reconnu en justice ou devant notaire, pour servir de base à une inscription (arg. art. 76). Bien que la loi n'exige pas l'authenticité, cette opinion nous paraît juste et

Digitized by Google

confirmée par l'article 83, alinéa 1er, d'après lequel le créancier qui requiert l'inscription doit représenter au conservateur des hypothèques l'*expédition authentique* de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque. Or, quelle garantie donnerait cette expédition authentique si le titre original lui-même n'était pas authentique? Martou, n° 709, et Laurent, tome XXX, n° 544, admettent la constitution d'hypothèque par testament olographe ou mystique.

SECTION IV.

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES (art. 81).

1817. Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur (art. 81; code civ., 2134, 2147).

Cette disposition s'applique à *toutes* les hypothèques, tant légales que conventionnelles; elle devait être générale, pour donner une sanction efficace au principe de *publicité*. A défaut d'inscription, l'hypothèque ne peut jamais être invoquée par un créancier contre un autre ni contre le tiers détenteur de l'immeuble.

1818. La nouvelle loi a conservé, en ce qui concerne le rang des deux inscriptions prises le même jour, la disposition du code civil, bien que, pour les transcriptions faites le même jour, elle ait adopté un autre système (art. 113, 124, *suprà*, n° 1641).

Lors de la discussion du code civil, le conseil d'État a admis cette disposition parce qu'il craignait une collusion entre le conservateur des hypothèques et les créanciers, et parce que, si plusieurs créanciers se présentaient le même jour, le conserva-

Digitized by Google

teur deviendrait le maître de donner l'antériorité à celui qu'il lui plairait. Mais la même raison n'existe plus, depuis que l'article 123 a prescrit au conservateur de constater par numéros d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront les remises des titres dont on requiert l'inscription; de sorte qu'aujourd'hui l'ordre de présentation des titres ne peut être un instant douteux.

La disposition de l'alinéa 2 de l'article 81 expose le créancier dont l'hypothèque a été inscrite à se voir surgir un concurrent sur la même hypothèque par une seconde inscription prise le même jour. S'il veut éviter ce danger, il ne doit remettre les fonds que le *lendemain* du jour de l'inscription de son hypothèque et sur la vue d'un certificat constatant qu'il n'y a pas d'autre inscription du même jour que la sienne.

CHAPITRE IV.

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

I. RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'INSCRIPTION.

1819. L'inscription consiste dans la description des hypothèques sur des registres publics, afin de mettre les tiers en état de s'en procurer une connaissance exacte. Toute inscription suppose une hypothèque valable. Les vices que contiendrait l'acte de constitution d'hypothèque ne peuvent être couverts ou réparés par une inscription régulière.

1820. A *l'égard du débiteur,* l'hypothèque a son effet indépendamment de toute inscription; ce n'est qu'à l'égard des *tiers* que l'efficacité de l'hypothèque dépend de l'inscription (n° 1817). Il suit de là que le créancier peut, sans avoir pris inscription, exercer des poursuites en expropriation contre son débiteur, et qu'il peut faire valoir son hypothèque contre celui ou ceux des héritiers du débiteur qu'il trouve en possession des immeubles

Digitized by Google

affectés à sa créance. Il s'ensuit encore que le débiteur lui-même ne peut attaquer une inscription hypothécaire comme vicieuse ou incomplète.

1821. La tenu des registres destinés à l'inscription des privilèges et des hypothèques est confiée à des fonctionnaires publics, spécialement établis à cet effet et appelés *conservateurs des hypothèques* (art. 82, alin. 1er). Il existe un conservateur des hypothèques au chef-lieu de chaque arrondissement judiciaire. Sa compétence s'étend à tous les immeubles situés dans l'arrondissement, mais jamais au delà. Sur les obligations du conservateur, voyez, *infrà*, chapitre IX.

II. DISPOSITIONS PARTICULIÈRES SUR L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (art. 82-91).

A. *Quand l'inscription peut être prise.*

1822. L'inscription peut être prise dès que l'acte de constitution de l'hypothèque a été passé.

Les droits de privilége et d'hypothèque acquis du *vivant du débiteur* et qui n'ont pas été inscrits avant son décès, peuvent encore être inscrits dans les trois mois de l'ouverture de la succession, peu importe qu'elle ait été acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (art. 82, alin. 2). Car il serait injuste de priver le créancier d'une succession de la faculté d'inscrire, après le décès du débiteur et à cause de cet événement, le droit de préférence que celui-ci lui avait valablement concédé. Mais comme le règlement des successions ne peut rester incertain pendant un temps indéfini, la loi a fixé un délai à compter du décès, au delà duquel les inscriptions sont considérées comme non avenues. En ce cas, le créancier ne peut imputer qu'à sa propre négligence la perte de son droit. (Exposé des motifs de l'art. 82.)

Les priviléges et hypothèques acquis *après le décès du débiteur* ne peuvent attribuer aux créanciers aucune préférence sur les biens de la succession.

1823. Les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée peuvent être faites sous la simple désignation du défunt

Digitized by Google

(art. 86; code civ., 2149). Le motif, c'est que le créancier peut ne pas connaître l'héritier ou tous les héritiers du défunt.

1824. L'effet des inscriptions prises avant l'ouverture des faillites est réglé par les lois particulières sur les faillites. (Voy. code de commerce nouveau, art. 444, 447; Liége, 22 févr. 1862, P., 1862, 305.)

1825. L'inscription ne peut plus être prise postérieurement à la transcription de l'aliénation qui a été faite de l'immeuble sur lequel l'hypothèque a été consentie. « Toute inscription prise sur les précédents propriétaires, postérieurement à la transcription, est inopérante », dit l'article 112, alinéa 2. (Cass. fr., 7 mars 1877, D., 1878, 1, 38.)

1826. L'article 834 du code de procédure, qui permettait de faire inscrire les hypothèques pendant quinze jours après la transcription, est aboli aujourd'hui, comme incompatible avec le principe fondamental de la nouvelle loi, d'après lequel l'acquéreur devient propriétaire vis-à-vis des tiers au moyen de la transcription. C'est à cause de ce principe que le législateur a cru inutile d'inscrire formellement dans la loi la suppression de l'article 834 du code de procédure, laquelle se trouve d'ailleurs implicitement dans l'article 112, alinéa 2. (Voy. *suprà*, n° 1712.)

B. *En quelle forme l'inscription doit être prise.*

1827. L'inscription peut être requise par le créancier lui-même ou par un tiers pour lui (art. 83, alin. 1er). Pour requérir inscription au nom du créancier, il n'est pas nécessaire que le requérant ait une procuration *par écrit;* il suffit qu'il produise l'expédition authentique de l'acte constatant l'existence du privilége ou de l'hypothèque. C'est un mandat tacite. L'inscription, n'étant qu'un acte conservatoire, n'exige dans la personne du créancier requérant aucune *capacité;* ainsi elle peut être demandée par le mineur et par la femme mariée, sans l'autorisation de son mari.

1828. Celui qui requiert l'inscription doit représenteur au conservateur des hypothèques l'*expédition authentique de l'acte* qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être

Digitized by Google

porté sur l'expédition du titre. Ces bordereaux doivent contenir tous les éléments dont se compose l'inscription et qui sont énumérés *infrà*, n[os] 1829-1837 (art. 83, alin. 1 et 2).

Toutefois, il faut remarquer que les bordereaux ne sont pas exigés à *peine de nullité*, mais seulement dans l'intérêt respectif du créancier et du conservateur des hypothèques; rien ne s'oppose à ce que ce dernier puise directement dans l'acte même les éléments de l'inscription. (Gand, 11 juillet 1862, B. J., t. 20, 1201, P., 1863, 1[re] part., 213.) Ainsi, l'inscription est valable, alors même que le bordereau n'aurait été signé ni du créancier ni du débiteur. (Liége, 3 mai 1871, P., 1871, 283.)

1829. L'inscription doit contenir :

1° Les nom, prénoms, domicile et profession du *créancier*, parce que l'existence de différentes créances hypothécaires établit des relations des créanciers hypothécaires entre eux, et entre les créanciers hypothécaires d'un côté et les tiers acquéreurs de l'autre. Tous sont intéressés à se connaître, par exemple, afin que le créancier postérieur puisse exercer le *jus offerendi* contre celui qui le prime (t. III, n° 190).

1830. 2° Les nom, prénoms, profession et domicile du *débiteur* ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque. Il faut que tous les intéressés puissent examiner si la personne qui a consenti l'hypothèque avait qualité pour la consentir. Si un tiers a hypothéqué son bien pour la dette d'autrui, l'inscription doit être prise sur le nom du propriétaire de l'immeuble grevé. La loi, en parlant du débiteur, a en vue ce qui arrive le plus souvent. L'indication de la personne qui a constitué l'hypothèque est le seul moyen de connaître les charges qui grèvent cet immeuble, puisque ce n'est pas à la charge des *biens*, mais à la charge des *propriétaires* que se font les inscriptions et qu'on délivre les certificats d'inscription.

1831. 3° L'indication spéciale de l'acte qui confère l'hypothèque ou le privilége et la date de cet acte. Car les tiers ont intérêt à connaître les clauses du titre qui peuvent aggraver la position du débiteur, et à vérifier la validité de l'inscription qui a été prise. Ils peuvent à cet effet se faire représenter le titre par le débiteur.

Digitized by Google

La loi n'exige pas l'indication de la nature de *la créance*, mais la nature du *titre;* par exemple l'acte passé devant tel notaire, tel jour. La nature de la créance doit être indiquée lorsqu'il s'agit d'un *privilége;* car ce n'est pas l'*acte*, dans ce cas, qui donne le privilége, mais la qualité même de la créance (art. 12, Exposé des motifs).

1832. 4° Le montant du capital et des accessoires des créances pour lesquelles l'inscription est requise, et le terme assigné à leur payement.

Il faut qu'une somme soit indiquée (art. 80, 49, 64, 66, 67). Mais l'inexactitude de cette somme ne constitue pas une nullité. Ainsi une inscription prise pour une somme moindre que celle portée dans l'acte constitutif de l'hypothèque est valable jusqu'à concurrence de la somme inscrite. Une inscription prise pour une somme plus forte que celle portée dans l'acte ou que celle qui est due est aussi valable, mais réductible au chiffre de la dette réelle. L'indication du *terme assigné au payement* intéresse les tiers, par exemple l'acquéreur ou le créancier postérieur qui voudrait se subroger aux droits du créancier antérieur en le payant.

L'*époque de l'exigibilité* de la dette ne doit pas être mentionnée dans l'inscription à peine de nullité. A défaut de cette mention, l'inscription ne peut être annulée que conformément aux règles générales, c'est-à-dire lorsqu'il y a préjudice. (Voy. *infrà*, n° 1842; Bruxelles, 20 avril 1853, B. J., t. 11, 831 et la note, P., 285.)

1833. 5° L'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'inscrivant entend conserver son privilége ou son hypothèque. (Voy. *suprà*, n° 1809.)

1834. 6° L'inscrivant est tenu de faire élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau; et, à défaut d'élection de domicile, toutes significations et notifications relatives à l'inscription pourront être faites au procureur du roi (voy. code de proc., art. 69, n° 8). Cette mesure est prescrite afin de faciliter à tous les intéressés les notifications.

1835. Le créancier peut avoir des motifs de changer de domicile, tout en l'élisant dans le même arrondissement. Sous le code, les conservateurs exigeaient *un acte authentique* constatant la volonté du créancier d'opérer ce changement. La nou-

Digitized by Google

velle loi a simplifié les formalités à remplir à cet effet par la disposition suivante : « Il est loisible à celui au profit duquel une inscription existe, ou à ses représentants, de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.

« A cet effet, il déposera, soit par lui-même, soit par un tiers, au bureau des hypothèques, un acte authentique constatant sa volonté à cet égard, ou bien il signera sur le registre même des hypothèques une déclaration portant changement de domicile.

« Dans ce dernier cas, son identité sera, si le conservateur l'exige, certifiée par un notaire qui apposera aussi sa signature au bas de la déclaration (art. 88).

1836. L'hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics ayant été soumise à la règle de la *spécialité*, la loi a dû prescrire un nouveau mode d'inscription qui n'existait pas dans le code civil. Voici sa disposition, qui n'exige aucune explication : « L'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics est inscrite sur la représentation de deux bordereaux, contenant : « les noms, prénoms, qualités ou désignations précises du créancier et du débiteur, leur domicile réel, le domicile qui sera élu par le créancier ou pour lui dans l'arrondissement, la nature des droits à conserver et le *montant de leur valeur déterminée ou éventuelle;* enfin l'*indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles* » (art. 89). (Voy. *suprà*, nº 1782.)

1837. Les formalités requises pour l'inscription des actions résolutoires, en rescision ou en nullité, et celles de l'inscription des cessions des créances hypothécaires ou privilégiées, ont été expliquées *suprà*, nºs 1632, 1638 et 1639.

1838. L'accessoire suit le principal; c'est pour cette raison que la loi n'exige pas une inscription spéciale pour que l'hypothèque *serve de garantie* au payement des intérêts. « Le créancier privilégié ou hypothécaire, inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué, pour *trois années* seulement, au même rang que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les autres intérêts ou arrérages » (art. 87).

Digitized by Google

Cette disposition met un terme à plusieurs controverses nées sous l'empire de l'article 2151 du code civil qu'elle modifie.

La restriction à *trois* années d'intérêts, que le créancier peut faire valoir, n'a pas lieu à l'égard du débiteur lui-même, mais seulement à l'égard des *autres créanciers.* Elle est une conséquence nécessaire du principe de la publicité des hypothèques, en mettant les tiers à même de savoir jusqu'à quelle somme peuvent s'élever les intérêts. De plus, le créancier inscrit ne doit pas laisser accumuler les intérêts outre mesure, parce qu'ils augmenteraient la dette au préjudice des autres créanciers chirographaires ou hypothécaires, mais postérieurs en rang.

1839. Le terme des trois années d'intérêts placés au même rang que le capital s'arrête au moment où l'hypothèque a produit son effet légal, c'est-à-dire lorsqu'elle a conféré au créancier un droit sur le prix de la chose hypothéquée, donc au jour de l'adjudication et non au jour de la transcription de la saisie. (Paris, 27 avril 1877, D., 1877, 2, 144 ; Cass. fr., 6 mai 1878, D., 1879, 1, 87; Gand, 11 août 1875, P., 1876, 44.)

Les intérêts doivent être colloqués à partir du moment où la dette a commencé, et, en cas d'ouverture de crédit, à partir du jour où les sommes ont été réellement payées. (Tribunal civil de Bruxelles, 19 avril 1862, B. J., t. 20, 787.)

Mais ce n'est qu'à raison des *intérêts* que l'hypothèque est tenue; ainsi l'inscription ne donne pas de plein droit au créancier la faculté d'être colloqué pour d'autres frais, par exemple pour la commission de banque. (Tribunal de Charleroi, 9 août 1862, B. J., t. 21, 147.)

1840. Le créancier peut s'assurer la garantie hypothécaire, même pour plus de trois années d'intérêts, en prenant une nouvelle inscription pour les intérêts échus ou à échoir après cette époque. Mais cette inscription, bien que prise en vertu du même acte, n'a de rang qu'à compter de sa date.

1841. Le conservateur des hypothèques fait mention sur son registre du contenu des bordereaux; il remet aux requérants l'expédition du titre et l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription dont il indique la date, le volume et le numéro d'ordre (art. 83, alin. dernier).

Le conservateur garde l'autre bordereau pour sa justification.

Digitized by Google

Il n'est responsable que de la *conformité de l'inscription au bordereau* présenté par le créancier; si l'inscription ainsi faite est annulée, sa responsabilité est à couvert. Il n'est pas obligé de faire l'analyse de l'acte constitutif de l'hypothèque et d'en extraire les énonciations nécessaires à l'inscription.

C. *De l'effet de l'omission des formalités requises pour l'inscription.*

1842. Une question grave, et qui a donné lieu à beaucoup de procès, est celle de savoir *quel est l'effet de l'omission d'une ou de plusieurs formalités prescrites pour l'inscription des hypothèques*. Le code civil ne renferme aucune disposition sur l'effet de cette omission. La commission spéciale et le premier rapport présenté à la Chambre sur cette question défendaient l'opinion que *la peine de nullité* devait être attachée à l'omission de *chacune* des formalités prescrites pour l'inscription, sauf l'élection de domicile, parce qu'avec ce système il y a plus de sécurité, moins de doute, de controverses et de procès. Dans son deuxième rapport, la commission de la Chambre a abandonné ce système de rigueur, et proposé la disposition de l'article 85. Elle a suivi l'avis de beaucoup de cours de France et de la commission spéciale française nommée pour élaborer le projet de loi. Elle s'en est rapportée à la jurisprudence actuellement établie, qui fait de cette question une question de fait. (Voy. Exposé des motifs, c. V, sur l'art. 2148; rapports de la commission de la Chambre sur cet article.)

1843. L'article 85 porte : « L'omission de l'une ou de plusieurs des formalités prescrites par les deux articles précédents, n'entraînera la nullité de l'inscription ou de la mention que lorsqu'il en résultera un préjudice au détriment des tiers. »

On peut consulter, sur les questions qui se rattachent à cette matière : Gand, 11 juillet 1862 (voy. *suprà*, n° 1828), et Martou dans la *Belgique judiciaire*, t. 15, p. 353.

III. DU RENOUVELLEMENT DES INSCRIPTIONS.

A. *Introduction historique et règles générales.*

1844. En principe, l'hypothèque, qui est un droit accessoire, devrait avoir la même durée que la créance à laquelle elle est atta-

Digitized by Google

chée. Le droit romain attribuait même à l'action hypothécaire, tant que le débiteur lui-même ou ses héritiers étaient en possession du fonds grevé, une existence plus longue qu'à l'action *personnelle;* celle-ci se prescrivait par trente ans, tandis que la première durait quarante ans.

Mais le système de publicité, pour avoir les effets salutaires qu'il est destiné à produire, devait amener un changement à cet état de choses. D'après l'article 23 de la loi du 11 brumaire an VII, répété dans l'article 2154 du code civil, les inscriptions conservaient l'hypothèque et le privilége pendant dix années à compter du jour de leur date; leur effet cessait si elles n'avaient pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai. Divers motifs avaient déterminé cette disposition, mais surtout la difficulté de connaître les charges qui grèveraient les biens. En effet, le conservateur aurait eu la plus grande peine à donner un état exact des inscriptions qui remonteraient à une époque trop reculée, parce que, d'après le système du droit français, contrairement à ce qui se pratique en Allemagne, les inscriptions se font sous le nom des propriétaires, et non sur le fonds même d'après les indications cadastrales. Si le renouvellement n'existait pas, il faudrait, pour avoir un état exact des inscriptions, indiquer tous les propriétaires successifs de ce fonds pendant trente ans au moins, et demander si aucune inscription n'avait été prise contre aucun d'eux.

Un autre motif du renouvellement était de dispenser les débiteurs de demander la mainlevée des inscriptions, lesquelles se périmaient par la seule expiration du temps.

1845. La loi du 22 décembre 1828 avait aboli dans le royaume des Pays-Bas le renouvellement des inscriptions hypothécaires. Mais les nombreux inconvénients de ce nouvel état de choses ont provoqué en Belgique la loi du 12 août 1842, par laquelle le renouvellement décennal des inscriptions fut rétabli.

Les auteurs de la loi de 1851 étaient unanimes à trouver le délai de dix ans trop court, parce que les fréquents renouvellements imposaient trop de charges aux débiteurs, et parce que les créanciers pouvaient trop facilement être victimes d'un oubli. La commission spéciale proposa de le porter à vingt ans ; le législateur s'arrêta au moyen terme de quinze ans (art. 90).

1846. La supputation du délai de quinze ans doit se faire d'a-

Digitized by Google

près la règle *Dies termini non computatur in termino,* c'est-à-dire le jour où l'inscription a été prise ne compte pas; le premier jour des quinze années est le lendemain, et le *dernier* jour est la *veille de la date correspondante* de la seizième année. « L'effet des inscriptions cesse si elles n'ont pas été renouvelées *avant* l'expiration de ce délai », dit la loi. Exemple : l'inscription a été prise le 30 juin 1864; elle doit être renouvelée *avant* le 1er juillet 1879, donc au plus tard le 30 juin 1879. Cette manière de compter, conforme aux principes généraux sur la supputation des délais, est consacrée par une jurisprudence constante. L'article 90 doit être interprété en ce sens; sa rédaction ne diffère pas de celle de l'article 2154. (Laurent, XXXI, n° 111.)

D'après une autre interprétation de la règle *Dies termini computatur in termino,* le renouvellement, dans l'exemple précité, devrait avoir lieu au plus tard le 29 juin 1879.

Suivant une troisième opinion : *Dies termini non computatur in termino,* c'est-à-dire le renouvellement aurait pu avoir lieu encore le 1er juillet 1879.

1847. Les inscriptions des *priviléges* que le conservateur est tenu de faire *d'office,* aux termes de l'article 35, ne doivent pas être renouvelées *d'office* par lui, mais seulement sur la demande des créanciers (art. 37 et *suprà,* n° 1717).

1848. Le renouvellement ne doit pas répéter toutes les formalités requises pour l'inscription primitive; mais il faut l'indication précise de l'inscription renouvelée, notamment de la date, de telle sorte qu'il soit impossible de se méprendre sur cette inscription : si elle ne contient pas l'indication précise de l'inscription renouvelée, l'inscription en renouvellement ne vaut que comme inscription première.

Mais il n'est pas nécessaire d'y rappeler les inscriptions précédentes (art. 90, alin. 3).

1849. L'omission du renouvellement a pour effet de faire perdre le rang à l'hypothèque non renouvelée. Mais, tant que le privilége ou l'hypothèque n'est pas éteint, le créancier peut prendre une inscription nouvelle, qui n'aura rang qu'à partir de sa date (art. 37, 90). (Cass. belge, 25 janv. 1877, P., 1877, 106.) Toutefois, pour prendre une nouvelle inscription après la péremption de la première, il faut que l'immeuble se trouve encore entre

Digitized by Google

les mains de celui qui a constitué l'hypothèque (*suprà*, n° 1712). L'inscription non renouvelée perd sa force même contre le tiers détenteur, peu importe qu'il existât une inscription régulière au moment de son acquisition. (Troplong, n° 716 *bis*. Tribunal d'Audenarde, 9 déc. 1856, B. J., t. 15, 446.)

1850. Les frais des inscriptions et de leur renouvellement sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire; l'avance en est faite par l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypothèques légales, pour l'inscription desquelles le conservateur a son recours contre le débiteur (art. 91).

1851. Les inscriptions prises au profit des mineurs, des interdits, des personnes placées dans des établissements d'aliénés et des femmes mariées, conformément aux dispositions contenues aux articles 49-72 (*suprà*, n°s 1742-1781) sont *dispensées de tout renouvellement* jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la cessation de la tutelle, de l'administration provisoire ou la dissolution du mariage (art. 90, alin. 2). Cette disposition est puisée dans l'article 23 de la loi de brumaire. Elle se justifie par la protection spéciale dont la loi doit entourer les personnes au profit desquelles la dispense a lieu. D'ailleurs, le renouvellement est moins nécessaire, parce que l'on voit, par leur nature même, la durée de ces hypothèques.

Mais cette disposition complique sans doute les recherches à faire au bureau des hypothèques, parce qu'elle peut obliger le conservateur à porter ses investigations à plus de 30 ou 40 années en arrière; car le mariage ou la tutelle des interdits peut avoir cette durée. Pour obvier à cet inconvénient la commission spéciale a proposé d'ordonner au conservateur la tenue d'un registre spécial sur lequel seront portées les hypothèques inscrites au profit des interdits et des femmes avec renvoi aux registres d'inscriptions. (Exposé des motifs, chap. II, § 2, à la fin.)

B. *A quelle époque l'inscription a-t-elle produit son effet et ne doit-elle plus être renouvelée?*

1852. C'est une grande controverse que de savoir quand l'inscription hypothécaire *ne doit plus être renouvelée?* L'inscription doit être renouvelée aussi longtemps *qu'elle n'a pas produit tout*

Digitized by Google

son effet légal, quels que soient les changements survenus soit dans la position du créancier ou du débiteur, soit dans la condition de l'immeuble hypothéqué. Mais quel est le moment où l'*inscription a produit son effet?* Les hypothèses qui peuvent se présenter lors de la liquidation des créances hypothécaires sont si nombreuses et si variées, les intérêts des créanciers et ceux des tiers peuvent être tellement compliqués, que le législateur a préféré n'énoncer dans la loi aucun principe absolu. Il aurait été impossible d'embrasser dans une disposition générale toutes les difficultés de la question. (Exposé de motifs et rapport de la commission de la Chambre sur l'art. 90.) Cependant, ces documents énoncent quelques principes généraux, auxquels se réfère aussi le rapport fait au Sénat.

1853. 1° Le créancier hypothécaire n'est jamais dispensé d'*avoir une inscription encore existante,* lorsqu'il veut exercer son droit sur l'*immeuble même,* en quelques mains qu'il soit. Par exemple, un immeuble a été vendu; l'acquéreur le revend, sans avoir payé le prix. L'hypothèque ne peut valoir contre le second acquéreur, qui a fait transcrire son titre si, avant cette transcription, l'inscription hypothécaire était périmée sans être renouvelée. (Laurent, XXXI, n° 134.) Cette inscription seule lui confère un droit sur le prix, mais aussitôt que ce droit est acquis, la péremption ultérieure de l'inscription devient indifférente. La vente volontaire non suivie de purge ne dispense pas de renouveler l'inscription hypothécaire, d'après un arrêt de Bruxelles du 22 juin 1853 (B. J., t. 13, 283; P., 1855, 5).

1854. 2° En cas d'*expropriation forcée,* l'inscription a produit son effet, et le *droit au prix* est acquis aux créanciers par le fait même de l'*adjudication définitive,* passée en force de chose jugée, qui contient une délégation implicite du prix au profit des créanciers inscrits au moment de l'adjudication. Ainsi, le créancier dont l'inscription est périmée *après* l'adjudication, et *avant* qu'il ait produit sa créance à l'ordre, doit être colloqué à son rang. (Laurent, XXXI, n° 131; Cass. belge, 14 juillet 1853, B. J., t. 11, 1415, P., 362; Brux., 7 juillet 1858, B. J., t. 17, 321, P., 417; Caen, 9 mai 1871, D., 1876, 2, 102; Riom, 6 fév. 1874, D., 1875, 1, 209; Cass. fr., 22 janv. 1877, D., 1877, 1, 249.)

Mais cette règle ne s'applique qu'aux droits respectifs des

Digitized by Google

créanciers entre eux. Les créanciers qui n'auraient pas renouvelé leur inscription après l'adjudication ne pourraient exercer leur droit de suite contre le tiers auquel l'adjudicataire aurait transmis l'immeuble par lui acquis, sans en avoir payé le prix. (Liége, 18 juin 1874, P., 1874, 312.) De même, en cas de vente sur folle enchère, si la seconde adjudication est portée à un prix plus élevé que la première, l'excédant du prix ne peut être distribué qu'aux créanciers qui ont encore une inscription valable lors de la seconde adjudication. (Voy. Rapp. de la commission de la Chambre.)

Suivant une autre opinion, l'inscription n'a opéré son effet légal que lorsque le créancier *a produit dans l'ordre ouvert* par suite de l'expropriation forcée ou de la vente volontaire, ou bien lorsque le créancier a été payé. Ainsi il a été décidé que les inscriptions hypothécaires, pour conserver leur effet, *même à l'égard des créanciers inscrits,* doivent être renouvelées encore après l'adjudication de l'immeuble hypothéqué et jusqu'à ce que les créances soient payées. (Cologne, 22 juin et 11 avril 1860, B. J., t. 19, 151.)

1855. 3° En cas d'aliénation volontaire suivie de purge civile, le droit au prix est acquis aux créanciers après l'expiration du délai de quarante jours mentionné dans les articles 115 et 116 (code civil, art. 2185, 2186), s'il ne survient pas de surenchère, parce que, dès ce moment, ils ont accepté implicitement le prix offert par l'acquéreur. (Cass. belge, 17 janv. 1861, B. J., t. 19, 147; P., 110; Liége, 17 mai 1862, P., 1863, 170.) Cet effet peut également être produit par tout acte impliquant, d'une part, l'offre de l'acquéreur de payer le prix aux créanciers en ordre de le recevoir, et, d'autre part, l'acceptation du prix par tous les créanciers inscrits. (Cass. fr., 16 mars 1876, D., 1878, 1, 64 et la note.)

La cour de cassation de France, dans l'arrêt qui vient d'être cité, va même plus loin. Elle a décidé qu'en cas de vente volontaire, la transcription du contrat, sa notification aux créanciers inscrits et l'offre de l'acquéreur de payer le prix de l'immeuble à qui serait ordonné par justice, font produire à l'inscription hypothécaire son effet légal, et que, par suite, les créanciers sont dispensés du renouvellement de leurs inscriptions, malgré l'éven-

Digitized by Google

tualité ou même l'exercice d'une surenchère. Dans l'espèce, la cour de cassation n'avait qu'à statuer sur les rapports respectifs des créanciers entre eux et sur leurs rapports avec l'acquéreur, et, dans cette hypothèse, la doctrine qu'elle a suivie peut être admise. Mais cette doctrine serait très contestable dans le cas où le litige existerait entre les créanciers hypothécaires d'une part et le tiers acquéreur d'autre part. (Voy. *suprà*, n° 1854.)

1856. Le renouvellement est nécessaire, quoique le débiteur soit tombé en faillite ou en déconfiture, que sa succession ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou qu'elle soit vacante, que l'immeuble hypothéqué ait été frappé de saisie, que le créancier se soit lui-même rendu acquéreur de l'immeuble affecté à sa créance, ou qu'il ait été désintéressé par le tiers détenteur. La plupart de ces questions sont controversées.

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET DE LA RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS. (Art. 92-95.)

1857. La *radiation* est la déclaration qu'une inscription doit être considérée comme non avenue. Cette déclaration se fait au moyen d'une annotation que le conservateur des hypothèques fait en marge de l'inscription à rayer, et dans laquelle il relate l'acte en vertu duquel la radiation a lieu. La radiation s'appelle aussi la *mainlevée*.

La *réduction* d'une inscription est une radiation partielle de celle-ci, soit en ce qui concerne les immeubles sur lesquels elle frappe, soit relativement à la somme pour laquelle elle est prise. La radiation a pour but de faire connaître au public que l'immeuble est dégrevé de l'hypothèque; elle a donc un grand intérêt pour le crédit du propriétaire de cet immeuble.

1858. La réduction et la radiation peuvent être ou *conventionnelles*, ou ordonnées *par jugement* (art. 92). La radiation peut aussi avoir lieu, en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire, dans le cas prévu par l'article 759 du code de procédure.

Digitized by Google

1859. 1° La réduction et la radiation *conventionnelles* sont régies par les principes généraux sur les conventions. Pour y consentir il faut avoir capacité d'aliéner des droits immobiliers, ou bien il faut suivre les formalités habilitantes, prescrites pour la vente des immeubles des incapables, si celui au nom duquel la mainlevée est accordée appartient à cette catégorie.

Toutefois cette règle ne doit être appliquée rigoureusement que lorsque la radiation entraîne la perte de l'hypothèque ou de son rang; elle souffre des modifications dans le cas où la créance à laquelle l'hypothèque a été affectée serait déjà éteinte.

1860. Comme le conservateur est responsable du défaut d'inscription de toutes les hypothèques dont l'inscription a été requise, il a le droit et l'obligation de *s'assurer de la capacité* des parties de consentir à la radiation ou à la réduction des hypothèques. (Tribunal civil de Bruxelles, 31 déc. 1853, B. J., t. 12, 92; Liége, 3 déc. 1857, B. J., t. 16, 659, P., 1858, 56.) Il a aussi qualité pour examiner le mérite des actes en vertu desquels la radiation est requise. (Brux., 25 avril 1856, P., 1857, 129.)

1861. De même que l'acte de constitution de l'hypothèque, l'acte de consentement à la mainlevée doit être *authentique*. Ainsi le droit de donner mainlevée d'une inscription, prise au profit d'une société ultérieurement dissoute, doit résulter d'un mandat authentiquement donné par les actionnaires, conformément aux statuts. aux fins de dissolution. (Brux., 16 avril 1868, B. J., t. 26, 670.) Ceux qui requièrent la radiation ou la réduction doivent déposer au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant ce consentement, ainsi que tous les documents nécessaires pour en prouver la régularité. Toutefois si l'acte contient encore d'autres dispositions, il ne doit pas être déposé en entier; il suffit d'en produire un *extrait littéral,* pourvu qu'il y soit déclaré, par le notaire qui l'a délivré, que l'acte ne contient ni conditions ni réserves.

Si l'acte de mainlevée est fait en *brevet,* comme la loi le permet, afin d'épargner des frais au débiteur, l'original doit rester entre les mains du conservateur. Celui-ci doit garder ces actes pour avoir toujours la justification de la radiation (art. 93, alin. 1, 2).

1862. Le cessionnaire d'une créance hypothécaire ou privilégiée ne peut consentir de radiation ou de réduction, si la ces-

Digitized by Google

sion ne résulte d'actes énoncés dans l'article 2 (*suprà*, n° 1632).

Le mandat à l'effet de rayer ou de réduire doit être exprès et authentique (art. 92, alin. 2, 3).

1863. Les actes de consentement à radiation ou réduction, passés en pays étrangers, ne sont exécutoires en Belgique qu'après avoir été visés par le président du tribunal de la situation des biens, qui vérifiera leur authenticité, ainsi qu'il est dit *suprà*, n° 1811.

1864. 2° De la *réduction* ou radiation *judiciaire*. La *réduction* ordonnée par *jugement* sera beaucoup moins fréquente par suite de la suppression des hypothèques générales, et par suite de la disposition qui exige que toutes les inscriptions, même pour conservation des droits éventuels ou conditionnels, doivent fixer une somme déterminée. Cependant la réduction peut encore être demandée par le tuteur et le mari (*suprà*, n°s 1751, 1776).

1865. Le conservateur ne peut faire la *radiation* de l'hypothèque que sur un jugement *rendu en dernier ressort* ou passé en *force de chose jugée*, à moins qu'il n'ait été déclaré exécutoire par provision. La radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre, soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilége ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales (art. 92, alin. 1, 95; C. civ., art. 2160). (Liége, 11 mai 1867, P., 1867, 353.)

La radiation peut aussi être demandée pour cause de l'irrégularité de l'inscription elle-même.

1866. Dans le cas du numéro précédent, la demande en radiation peut être formée par toute personne intéressée, donc par le débiteur, par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, ou par un créancier postérieur. Elle peut être introduite par un créancier postérieur, dès que le vice de l'hypothèque a été reconnu, quand même il ne serait pas encore constaté que les biens grevés sont insuffisants pour couvrir sa créance. (Gand, 14 décembre 1872, P., 1873, 42.) Elle doit être intentée ou contre le créancier qui refuse de *consentir* à la radiation, ou contre le conservateur s'il refuse de *faire* la radiation. Le refus d'un conservateur des hypothèques d'opérer une radiation d'inscription, lorsqu'il ne s'appuie sur aucun motif sérieux, doit entraîner contre

Digitized by Google

lui une condamnation aux dépens de l'instance qu'il a provoquée. (Cass. fr., 2 février 1869, D., 1870, 1, 71 ; Grenoble, 29 juillet 1874, D., 1875, 2, 136.) Ce refus le rend même passible de dommages-intérêts envers la partie qui en a éprouvé un préjudice. (Aix, 2 janvier 1867, D., 1868, 5, 257.)

1867. Quant à la *compétence du tribunal,* il faut distinguer si la demande est formée comme demande *principale* ou comme demande *incidente*. Dans ce dernier cas, l'action doit être portée devant le tribunal compétent pour juger le fond; par exemple si le débiteur attaque le titre même de la créance et demande, par conséquent, la radiation de l'hypothèque.

La demande en radiation ou en réduction par action *principale* doit être portée, sans préliminaire de conciliation, devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. L'exposé des motifs explique en ces termes le sens de ces mots : « C'est à ce tribunal qu'il faudra s'adresser si l'inscription n'est fondée ni sur la loi ni sur un titre, ou si la créance est éteinte et que l'extinction ne soit pas contestée. Si le titre même est attaqué, la demande n'est qu'incidente, etc. »

Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux (art. 94, alin. 1, 2).

1868. Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers seront intentées par exploits faits à leur personne, ou au dernier des domiciles élus sur le registre; et ce, nonobstant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils auront fait élection de domicile (art. 94, alin. 3).

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

1869. Tout ce qui sera dit, dans ce chapitre, des hypothèques s'applique également aux privilèges.

Digitized by Google

I. DE L'EFFET DES HYPOTHÈQUES EN CE QUI CONCERNE LA CRÉANCE A LAQUELLE ELLES SONT ATTACHÉES.

1870. L'hypothèque inscrite pour sûreté d'un capital garantit de *plein droit*, et sans inscription spéciale, trois années d'intérêts de ce capital (art. 87, et *suprà*, n° 1838). Elle répond aussi des autres accessoires, tels que frais et dommages-intérêts, pourvu que la somme de ces accessoires soit *déterminée* et inscrite (article 27, n°s 2 et 4; art. 35, n° 2; art. 80, alin. 1, 2; art. 83, n° 4, et *suprà*, n° 1839).

1871. L'hypothèque garantit aussi les créances *à terme* et les créances *conditionnelles*. Si la créance est conditionnelle, la condition doit être mentionnée dans l'inscription (art. 80, alin. 2). Les créances à terme deviennent exigibles, comme des créances pures et simples, lorsque le prix des immeubles affectés à leur garantie se trouve en distribution (arg. art. 1188).

1872. Si la créance dépend d'une condition suspensive, la somme attribuée au créancier doit rester provisoirement, ou dans les mains de l'acquéreur, ou dans le dépôt où le prix a été consigné, ou être distribuée aux créanciers postérieurs en rang, à charge par eux de donner caution pour la restitution en cas d'accomplissement de la condition. Si la créance dépend d'une condition résolutoire, le créancier ne peut recevoir la somme qu'en fournissant caution de la restituer, en cas de résolution, aux créanciers qui auraient dû la recueillir si la créance conditionnelle n'eût pas existé.

II. DES EFFETS DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES EN CE QUI CONCERNE L'IMMEUBLE QUI EN EST GREVÉ.

1873. 1° L'hypothèque a pour effet un droit de *suite* et un droit de *préférence*.

A. L'hypothèque suit les immeubles qui en sont grevés dans quelques mains qu'ils passent (art. 41, 96). C'est une conséquence du droit *réel*, qui donne au créancier la faculté d'intenter l'action hypothécaire contre tout détenteur du fonds hypothéqué.

B. Quant au droit de préférence, il est certain 1° que les créances

Digitized by Google

privilégiées et les créances hypothécaires sont préférées aux créances *chirographaires* (art. 9);

2° Qu'entre diverses créances hypothécaires, le rang est déterminé par l'ancienneté de l'inscriptiou (art. 81).

3° Qu'entre diverses créances privilégiées sur les immeubles, la préférence devrait se régler par les différentes *qualités* des priviléges (art. 13).

Mais la loi ne règle nulle part le rang des priviléges *immobiliers* selon leur *qualité*, comme elle le fait pour les priviléges mobiliers (art. 19, 21-26). Elle ne dit nulle part quel privilége immobilier a une qualité supérieure à l'autre.

Toutefois la loi dit, à l'article 29, qu'entre les créanciers les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont *rendus publics par l'inscription*, ce dont il faut conclure que le rang des priviléges se détermine aussi par l'*ordre* ou l'*ancienneté de l'inscription* (arg. art. 96). Exemple : j'ai acheté un immeuble grevé du privilége d'un copartageant à raison d'une éviction éventuelle ; je revends cet immeuble sans être intégralement payé du prix. L'éviction a lieu contre le copartageant. Son privilége, plus ancien que le mien, est préféré au mien.

4° *Quid* en cas de *concours* de priviléges et d'hypothèques sur le *même* immeuble ?

D'après l'article 12, le créancier *privilégié* devrait être préféré à tous les autres créanciers, *même hypothécaires*.

Cela est indistinctement vrai pour le privilége des frais de justice mentionnés dans l'article 17, et qui se conserve sans inscription (art. 29).

Mais cela n'est pas exact pour ce qui concerne les autres créances hypothécaires et privilégiées.

Il faut dire plutôt que les priviléges et les hypothèques sont exercés dans l'ordre des inscriptions, de sorte qu'une hypothèque plus *ancienne* qu'un privilége a sur ce dernier la priorité du rang (arg. des art. 29, 96, 109).

Ainsi : j'achète un immeuble grevé d'une hypothèque; ou bien, je grève d'une hypothèque un immeuble qui m'appartient; puis je le revends, sans être intégralement payé du prix; je conserve mon privilége contre l'acheteur, mais le créancier hypothécaire antérieurement inscrit aura la priorité sur mon privilége.

Digitized by Google

Toutefois il faut faire une exception dans le cas où l'hypothèque était consentie par l'acquéreur *avant la transcription* de son acte d'acquisition (voy. n° 1711) ; alors le privilége, quoique inscrit *après* l'hypothèque, la primera par suite de la rétroactivité.

Le créancier a le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble, de *préférence* à tous les créanciers chirographaires. Entre plusieurs créanciers hypothécaires, la préférence est déterminée par l'ordre des inscriptions. Il en est de même en ce qui concerne plusieurs créanciers *privilégiés*, sauf ce qui a été dit des priviléges des frais de justice (*suprà*, nos 1817 et 1706). L'acquérir d'un bien hypothéqué en doit le prix total ; il ne peut pas déduire à son profit le bénéfice des enchères ni se soumettre à des prestations au profit de tiers. (Jug. trib. Anvers, 1er juillet 1865, B. J., t. 23, 905.) Il doit aussi les intérêts de ces enchères. (Même décision.)

On range quelquefois parmi les effets de l'hypothèque le droit de *saisie*. C'est une erreur. Le droit de saisie n'est pas un effet de l'*hypothèque*, mais de la *dette*, et il appartient également au créancier chirographaire.

1874. 2° L'hypothèque acquise s'étend de plein droit aux accessoires de l'immeuble, ainsi qu'aux améliorations et aux accessions qu'il peut recevoir, soit par le fait de l'homme, soit par l'événement de la nature. Les immeubles par destination sont donc aussi compris dans l'affectation hypothécaire (C. civ., art. 2118, 2133 et 520-525; loi hyp., art. 45, alin. 4.) (Paris, 22 mai 1868, D., 1869, 2, 72; Cass. fr., 20 décembre 1875, D., 1876, 1, 343; Liége, 23 décembre 1871, P., 1872, 37, et 2 février 1878, P., 1878, 159.) Ainsi l'hypothèque consentie sur un moulin à farine, mû par l'eau, avec ses ouvrages fixes et mouvants, comprend la machine à vapeur, l'une des forces motrices du moulin, quand même cette machine n'ait pas été spécialement donnée en garantie. C'est un immeuble par *destination;* les sacs, charrettes et chevaux attachés au service du moulin hypothéqué sont aussi immeubles par destination et soumis à l'hypothèque. (Bruxelles, 20 juillet 1864, B. J., t. 23, p. 867.)

Mais les meubles placés dans une maison exploitée comme hôtel garni ne sont pas considérés comme immeubles par destination (Toulouse, 15 mai 1879, D., 1879, 2, 176 et la note.)

Digitized by Google

La vente séparée des immeubles par destination, ou le changement de destination que le débiteur leur donne, les dégagent des liens de l'hypothèque en leur enlevant le caractère d'immeubles fictifs. Toutefois le créancier hypothécaire a un recours contre le tiers acquéreur qui n'était pas de bonne foi. (Liége, 13 avril 1864, P., 1864, 388.) Lorsque les immeubles par destination ont été saisis avec le fonds dont ils forment les accessoires, le créancier hypothécaire conserve son droit de préférence sur le prix qui en provient, quoiqu'ils soient vendus par enchères séparées. (Cass. fr., 21 janv. 1870, D., 1870, 1, 117; Caen, 21 juil. 1874, D., 1876, 2, 57.)

1875. D'après le principe énoncé au numéro précédent, les bois de taillis ou de futaie qui se trouvent encore sur pied au moment où le créancier hypothécaire exerce ses poursuites par la saisie, devraient à la rigueur, comme *partie* ou accessoires du fonds, être compris dans la saisie et vendus avec le fonds. C'est en ce sens qu'a jugé la cour d'Aix par arrêts des 13 décembre 1839 et 10 juin 1841. Mais, comme c'est un usage généralement répandu que de vendre le *bois sur pied,* nul n'aurait pu l'acquérir avec sécurité sans avoir eu préalablement recours aux registres des hypothèques. L'application rigoureuse de ce principe aurait détruit la confiance qui doit régner dans ce genre de transactions. C'est pourquoi la jurisprudence admettait ordinairement que par la *vente seule* le taillis et la futaie mise en coupe réglée deviennent *meubles* même avant la coupe, et ne peuvent dès lors plus être saisis par le créancier hypothécaire. Toutefois la question était l'objet d'une controverse que l'article 45, alinéa 5, a décidée en ces termes : « Le créancier hypothécaire sera tenu de respecter les ventes des coupes ordinaires de taillis et de futaie, faites de bonne foi, d'après l'usage des lieux, sauf à exercer son droit sur le prix non payé. »

Le créancier hypothécaire peut saisir le prix entre les mains de l'acquéreur.

Il est évident que si la vente avait été faite par anticipation avec un long terme, et contrairement à l'usage des lieux, le créancier hypothécaire ne serait pas tenu de la respecter. Il ne serait pas tenu non plus de la respecter si le prix avait été payé par anticipation et en dehors des conditions ordinaires et usuelles de ce genre de ventes.

Digitized by Google

1876. 3° L'hypothèque ne confère aucun droit sur les fruits et revenus de la chose grevée, excepté à partir de l'exploit de la saisie immobilière fait au saisi, ou de la sommation faite au tiers détenteur de délaisser l'immeuble ou de payer (C. civ., art. 2176; loi hypothécaire, art. 104). Ces actes ont pour effet d'immobiliser les fruits au profit des créanciers hypothécaires. La même règle s'applique à l'hypothèque qui grève un usufruit.

1877. 4° L'hypothèque est de sa nature indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles (art. 41, alin. 2; C. civ., art. 2114): *Hypotheca est in toto et in quâlibet parte;* fr. 19, D., *De pignoribus et hyp*, 20, 1; ou, comme disent les auteurs : *est tota in toto, et tota in quâlibet parte.*

L'hypothèque n'est pas *essentiellement indivisible;* elle est *naturellement* indivisible; les parties peuvent donc déroger à l'indivisibilité par leurs conventions. L'hypothèque n'est pas indivisible par *essence;* car rien ne s'oppose à ce que la créance pour laquelle elle a lieu soit divisée (à moins que cette créance même ne soit indivisible par d'*autres* causes), ni à ce que l'immeuble ne soit plus grevé que d'une partie de la créance, après la division de celle-ci, ni à ce qu'une partie de la chose seulement soit grevée de l'hypothèque, par exemple en cas de partage des dettes et des biens hypothéqués. Mais à moins d'une convention particulière des parties, l'hypothèque est déclarée indivisible par la loi.

1878. L'indivisibilité de l'hypothèque consiste en ce que, tant que la créance tout entière n'a pas été payée, *aucune partie de l'immeuble hypothéqué n'est libérée*, quels que puissent être les changements arrivés dans les personnes des possesseurs de cet immeuble. L'indivisibilité de l'hypothèque dans le sens indiqué a lieu *activement* et *passivement*. *Activement,* c'est-à-dire s'il y a plusieurs créanciers, ou plusieurs héritiers d'un créancier, et que le débiteur paye à l'un sa portion virile, l'autre conserve pour sa portion virile le droit hypothécaire sur la totalité de l'immeuble et quand même le créancier payé aurait consenti à la diminution de l'hypothèque, cette convention ne pourrait pas nuire à l'autre créancier. *Passivement,* c'est-à-dire s'il y a plusieurs débiteurs, ou plusieurs héritiers d'un même débiteur, dont l'un paye la portion virile de sa dette, l'hypothèque ne sera pas diminuée pour cette

Digitized by Google

portion, et le débiteur qui a payé ne peut pas demander que la partie de l'immeuble par lui possédée soit dégrevée. Le créancier conserve son hypothèque sur la totalité de l'immeuble.

1879. L'indivisibilité de l'hypothèque est une conséquence du droit *réel* qui affecte la *totalité* de la chose. Le droit réel qui existe sur une partie indivise d'une chose, affecte toutes et chacune de ses parties, nonobstant sa division physique. On y ajoute un motif d'*utilité commune*. Le créancier pourrait souvent être frustré de son gage si, après le payement partiel de sa créance, ce gage ne continuait pas de grever la totalité de la chose ; c'est ce qui arriverait, par exemple, si le créancier n'avait pas bien connu la valeur de la chose hypothéquée, ou si la valeur de cette chose était diminuée plus tard. Enfin, la poursuite pourrait souvent devenir difficile pour le créancier si l'hypothèque n'était pas indivisible.

1880. Principales conséquences du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque :

A. Le détenteur d'une *portion* de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués peut être poursuivi pour la *totalité* de la créance. C'est pourquoi l'héritier détenteur d'un immeuble de la succession peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, bien que la dette se divise entre tous les héritiers (C. civ., art. 873).

1881. *B*. Le créancier qui avait une hypothèque générale sous le code civil, ou qui a aujourd'hui une hypothèque spéciale sur plusieurs immeubles, peut demander à être payé sur le prix de tous les immeubles affectés à sa créance, et il peut s'opposer à ce que des créanciers postérieurs en rang soient colloqués sur le prix de ces immeubles, tant qu'il n'a pas obtenu payement intégral de sa créance.

Cependant, si le créancier, ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, a poursuivi sa collocation sur le prix d'un seul, il ne peut obliger les créanciers postérieurs, colloqués sur le prix d'autres immeubles, à rapporter le montant de leur collocation, lorsqu'il n'a pas été intégralement payé. En acquiesçant à l'ordre qui a restreint l'effet de son hypothèque, il a renoncé à son rang, en ce qui concerne les immeubles sur lesquels il n'a pas demandé sa collocation.

1882. *C*. Le créancier qui a une hypothèque ou sur plusieurs

Digitized by Google

ou sur tous les immeubles de son débiteur, peut choisir celui des immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa créance, et les créanciers postérieurs, inscrits sur ce même immeuble, ne peuvent pas exiger qu'il divise son hypothèque et qu'il l'exerce proportionnellement sur tous les immeubles qui en sont affectés. Cette règle est incontestable ; elle est une conséquence directe de l'indivisibilité de l'hypothèque. (Caen, 26 nov. 1870, D., 1873, 2, 181; Douai, 9 déc. 1871, D., 1872, 5, 268; Nîmes, 10 juin 1873, D., 1875, 1, 361 sous cass., 12 mai 1875.)

1883. Plusieurs cas peuvent se présenter :

1. Primus a une hypothèque sur plusieurs biens de son débiteur. On vend par expropriation le fonds n° 1, grevé aussi d'une hypothèque postérieure au profit de Secundus. Les fonds manquent pour payer les deux créanciers. Secundus ne peut pas obliger Primus à se faire payer sur les autres biens de son débiteur, qui sont suffisants, et à les discuter préalablement. Il dépend donc de Primus de donner de l'efficacité à l'hypothèque de Secundus, ou de la rendre illusoire et de faire tomber Secundus dans la masse des créanciers chirographaires. S'il en était autrement, le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles serait dans une position désavantageuse, puisqu'il pourrait être renvoyé, par tous les autres, à la fin de la liquidation.

Cependant Secundus a un moyen de ne pas perdre le bénéfice de son hypothèque, en désintéressant Primus et en exerçant le *jus offerendi* (C. civ., art. 1251, n° 1 ; t. III, n° 190).

1884. 2. Primus a une hypothèque sur les fonds n°s 1 et 2, pour 100,000 fr. ; elle date de 1850.

Secundus a une deuxième hypothèque sur le fonds n° 1, de 50,000 fr. ; elle est de 1851.

Tertius a une hypothèque sur le fonds n° 2, de 100,000 fr. ; elle date de 1852. Le fonds n° 1 est saisi et adjugé pour 110,000 francs. Secundus n'aura donc que 10,000 fr. si Primus exerce son hypothèque entièrement sur le fonds n° 1. Secundus peut-il forcer Primus à diviser son hypothèque, pour moitié sur le fonds n° 1, pour moitié sur le fonds n° 2? Non, la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque s'y oppose. Si Secundus veut se préserver de la perte, il n'a qu'à payer Primus, et, étant subrogé dans ses droits, à pour-

Digitized by Google

suivre sa créance sur le fonds n° 2, ou à diviser son hypothèque et à l'exercer en partie sur le fonds n° 2 et en partie sur le fonds n° 1. Le fonds n° 1 sera alors libre, et Secundus pourra poursuivre *sa propre créance sur le fonds* n° 1. Alors ce sera Tertius qui perdra.

1885. 3. Même hypothèse que dans le cas précédent.

Mais Primus, au lieu d'exercer son hypothèque sur le fonds n° 1, l'exerce sur le fonds n° 2, de sorte que les deniers viendraient à manquer à Tertius; ce dernier pourrait-il exiger d'être subrogé à Primus en le payant? D'après les principes généraux, il faut répondre affirmativement. Mais la question est fortement controversée, parce que, dans ce cas, Secundus, créancier hypothécaire plus ancien que Tertius, quoique inscrit sur un autre immeuble, ne serait pas payé. Plusieurs auteurs enseignent que la subrogation ne peut jamais devenir, pour un créancier plus récent, un moyen d'améliorer sa position au préjudice d'un créancier plus ancien. (Troplong, n° 757.)

1886. Il ne faut pas admettre, comme il a été jugé et enseigné, que, dans les trois hypothèses indiquées aux n°s 1883, 1884 et 1885, le créancier qui a une hypothèqne sur *un* immeuble dont le prix est absorbé par un créancier antérieur ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, se trouve *par cela même* de plein droit subrogé aux droits de ce dernier. Cette opinion manque de fondement, et elle est contraire à l'article 1251, qui ne range pas ce cas parmi ceux dans lesquels il y a lieu à subrogation légale.

1887. Plusieurs immeubles ou tous les immeubles du même débiteur sont vendus, mais ils sont situés dans des arrondissements différents, de sorte que l'on procède à des ordres séparés dans des tribunaux différents. Il faut suivre la même règle que dans l'hypothèse du n° 1885. Le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles peut choisir celui ou ceux sur lesquels il veut être colloqué; il peut donc se présenter à tous les ordres à la fois.

1888. Les biens hypothéqués sont situés dans le même arrondissement, et la distribution du prix se fait dans un seul et même ordre. Il faut distinguer : 1° le créancier ayant plusieurs hypothèques a un *intérêt* à choisir l'immeuble sur lequel il veut être payé; alors il faut lui laisser le choix, et il peut s'opposer à tout

Digitized by Google

autre mode de collocation ; 2° le créancier ayant plusieurs hypothèques n'a pas d'intérêt à être colloqué plutôt sur un fonds que sur l'autre. Alors le juge peut le colloquer sur plusieurs immeubles, de manière que les autres créanciers hypothécaires seront aussi payés tous ou en partie. Dans ce cas, la répartition de la créance sur plusieurs immeubles n'est pas une division de l'hypothèque, mais une division de la collocation. Seulement, il peut y avoir difficulté sur le mode de collocation. (Voy. Troplong, n° 760; Zachariæ, § 284, *in fine*.)

III. DES RAPPORTS QUE L'HYPOTHÈQUE ÉTABLIT ENTRE LE PROPRIÉTAIRE DE L'IMMEUBLE GREVÉ ET LE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE.

1889. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué conserve le droit d'en *disposer*, mais il ne peut faire aucun acte qui *diminue les sûretés* des créanciers hypothécaires, ou qui rende la poursuite de la créance *plus difficile* ou *plus onéreuse*. S'il pose un acte de nature à avoir cette conséquence, la dette à terme devient *immédiatement exigible* (art. 1188; t. III, n° 109). De là il suit que le propriétaire peut *aliéner* le fonds hypothéqué, parce que l'hypothèque suivant l'immeuble en quelques mains qu'il passe, l'aliénation ne peut porter préjudice au créancier hypothécaire. Toutefois il ne pourrait l'aliéner en partie ni en totalité à différentes personnes, dans le cas où l'aliénation partielle pourrait rendre la position du créancier plus désavantageuse en l'obligeant à poursuivre séparément plusieurs tiers détenteurs. Mais cette dernière question est controversée; c'est une question *de fait*. (Voy. le jugement du tribunal de Liége, du 2 juin 1855 et un jugement de Louvain, B. J., t. 13, 1512, et t. 18, 490.)

1890. En vertu du même principe, le propriétaire peut grever le bien d'autres hypothèques. Le propriétaire peut grever l'immeuble hypothéqué de servitudes, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux droits des créanciers hypothécaires. Toutefois, si l'établissement de la servitude diminue la valeur du fonds, en vertu du droit de suite, les créanciers hypothécaires ont la faculté de faire vendre l'immeuble libre des servitudes établies après l'inscription de leur hypothèque. Car une servitude est un démembrement de la propriété. Démembrer la chose après la con-

Digitized by Google

stitution de l'hypothèque, ce serait donc soustraire à l'hypothèque une partie de la propriété.

1891. Le propriétaire du fonds hypothéqué conserve la *jouissance* de la chose; il en perçoit les fruits jusqu'aux époques indiquées au n° 1876. C'est à partir de ces époques que les *fruits civils*, c'est-à-dire les loyers et fermages, appartiennent aussi aux créanciers (loi du 15 août 1854, art. 26). (Cologne, 26 février 1852, J. P. B., 1853, p. 286 et la note; tribunal civil de Liége, 19 juin 1858, B. J., t. 16, 1428; Delebecque, n° 23.) Si les fruits encore pendants ont été vendus de bonne foi, la vente est valable, mais le prix non payé appartient aux créanciers hypothécaires (arg. art. 45, alin. 5; *suprà,* n° 1875).

1892. En vertu du principe énoncé au n° 1889, le propriétaire peut louer les biens grevés d'hypothèque. Les baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque doivent être respectés : toutefois, s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429 du code civil (art. 45, alin. 6; *suprà,* n° 1626). (Cass. B., 30 novembre 1854, B. J., t. 13, 337, P., 1855, 51.) Si les baux n'ont pas de date certaine, les créanciers ne sont pas tenus de les respecter (loi du 15 août 1854, art. 25; C. de proc., art. 691). Les baux, même de moins de neuf ans, qui présentent le caractère de fraude, peuvent être attaqués en vertu de l'article 1167.

Si l'acte de constitution d'hypothèque porte défense de *louer* le bien hypothéqué sans le consentement du créancier, et que cet acte ait été transcrit, le tiers acquéreur de l'immeuble mis en vente par le créancier n'est pas tenu de respecter ce bail. (Cour provinciale de Groningue, 13 septembre 1859, B. J., t. 18, 374.)

Les baux consentis après la transcription du commandement ou de la saisie sont nuls (loi du 15 août 1854, art. 25).

1893. Les payements que le locataire ou fermier a faits par anticipation sont nuls pour toutes les sommes à échoir *postérieurement à la saisie,* d'après la règle mentionnée au n° 1891. Toutefois, les payements faits de bonne foi conformément à la stipulation du contrat *et* à l'usage des lieux doivent être respectés (arg. art. 1753 du code civil; *suprà,* n° 1153 comparé avec les n°s 1626, 1627). (Bruxelles, 24 juin 1878, B. J., t. 36, 1345, P., 1879, 21.)

Digitized by Google

1894. Le débiteur ou le propriétaire de l'immeuble hypothéqué peut disposer du fonds, mais il ne peut faire aucun acte qui diminue les sûretés du créancier (n° 1889). Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont, *par la faute du propriétaire,* péri ou ont éprouvé des dégradations, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance (art. 79, alin. 1).

Mais le débiteur sera admis *à offrir un supplément d'hypothèque,* si la perte ou les dégradations ont eu lieu *sans sa faute* (art. 79, alin. 2). Cette dernière disposition, modificative de l'article 2131 du code civil, est une innovation. Sous le code civil, il y avait controverse sur le point de savoir si, en cas de perte de l'hypothèque *par cas fortuit,* le créancier a le droit de demander, *à son choix,* ou le remboursement ou une hypothèque supplémentaire. Aujourd'hui il doit se contenter de l'hypothèque supplémentaire. La loi nouvelle est à la fois équitable et conforme à la rigueur des principes; équitable, — car il ne faut pas obliger le débiteur à rembourser sa créance dans un moment où toutes ses ressources lui sont ordinairement nécessaires pour réparer le dommage survenu ; conforme aux principes, — parce que ce n'est pas par *son* fait qu'il a diminué les sûretés promises, il ne doit donc pas être privé du bénéfice du terme (art. 1188 ; t. III, n° 109). (Exposé des motifs et rapport de la commission de la chambre des représentants.)

Sur la question de savoir si la disposition qui précède est applicable au cas d'*expropriation forcée,* voy. *Belgique judiciaire,* t. 17, 1593, et Martou, n° 1009.

IV. DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS (art. 96-107).

1895. L'hypothèque est un *droit réel* sur la chose et inhérent à la chose; elle la suit donc, elle en est inséparable. Le créancier peut faire valoir son hypothèque peu importe que l'immeuble hypothéqué se trouve entre les mains de son débiteur ou d'un autre qui l'a acquis de ce dernier. Car c'est sur la *chose même* et non contre la personne qu'il fait valoir son droit d'hypothèque. Il intente à cet effet l'*action hypothécaire,* qui est une action *réelle* (*actio in rem*).

Digitized by Google

Celui qui acquiert un immeuble grevé d'hypothèque est appelé le *tiers détenteur*, par antithèse au *débiteur*. Par cela seul qu'il possède l'immeuble, et quand même il ne serait pas personnellement tenu de la dette, il peut être poursuivi par l'*action hypothécaire*, pourvu que l'hypothèque ait été inscrite avant son acquisition (art. 96).

1896. Par l'action hypothécaire, le créancier peut poursuivre *sur le tiers détenteur* la vente ou l'expropriation de l'immeuble hypothéqué, à l'effet d'être payé sur le prix qui en proviendra. Mais par cela seul que le tiers possède un immeuble hypothéqué pour une dette, il ne devient pas *débiteur personnel* de cette dette. Le droit du créancier hypothécaire se borne à *poursuivre l'expropriation*; mais en présence de cette poursuite, la loi donne au tiers détenteur la *faculté* de prendre un des quatre partis suivants, savoir : 1° de se *laisser poursuivre* sans rien faire; 2° de *délaisser*; 3° de *payer*; 4° ou enfin de *purger*. Chacune de ces résolutions produit des effets différents. Il sera traité de la purge au chapitre VIII; ici nous ne traiterons que des trois premiers partis entre lesquels le tiers détenteur a le droit d'opter.

A. *De la poursuite.*

1897. Chaque créancier hypothécaire a le droit, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et trente jours après la sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible, de faire vendre sur ce dernier l'immeuble hypothéqué. Si le tiers détenteur ne prend aucun des partis dont il va être parlé ci-après, la poursuite continue contre lui; l'immeuble sera vendu et le prix en sera distribué entre tous les créanciers inscrits. Mais il ne peut, en aucun cas, être condamné comme débiteur *personnel*. Les créanciers ont le droit de poursuivre le payement de *toutes les dettes hypothécaires*, sans que le détenteur puisse déduire la partie du prix payée au vendeur (art. 97-99).

B. *Du délaissement.*

1898. Le *délaissement* n'est que l'*abandon de la détention* de l'immeuble fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour

Digitized by Google

éviter les désagréments de l'expropriation. Le tiers détenteur reste toujours *propriétaire* de l'immeuble jusqu'à l'adjudication définitive. S'il était en voie de prescription, la prescription continuerait de courir à son profit. Par la même raison il a la faculté, même après le délaissement et jusqu'à l'adjudication, de reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais (art. 101, code civil, 2173).

1899. Bien que le délaissement ne soit pas encore un acte d'*aliénation,* il ne peut être fait que par ceux qui ont la *capacité d'aliéner* (art. 100). Car il constitue un acheminement à l'aliénation, et en rendant le propriétaire délaissant étranger aux poursuites en expropriation, il lui ôte la surveillance des opérations qui font passer l'immeuble en de nouvelles mains. (Martou, nº 1287.)

Il suit de là que le tuteur ou le mineur émancipé doivent, pour faire le délaissement, remplir les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs et des interdits, et que la femme mariée, pour délaisser ses propres, doit être autorisée de son mari. (Voy. t. I, nº 745, 746, 772.)

1900. Le délaissement par hypothèque ne peut être fait par ceux qui sont *personnellement obligés à la dette*. Car, si le détenteur était en même temps personnellement obligé, le délaissement n'aurait pas de but, puisqu'il ne le mettrait pas à l'abri de la poursuite; le délaissement du gage n'éteint pas l'obligation personnelle du débiteur (art. 100). (Metz, 17 juillet 1867, D., 1867, 2, 151.)

1901. Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens. Le détenteur doit faire assigner le vendeur et les créanciers poursuivants pour entendre dire qu'il leur sera donné acte du délaissement. Il peuvent contester. Toutefois le délaissant n'est pas tenu d'en demander acte dans un délai déterminé; il suffit qu'il le fasse quand un créancier inscrit lui fait sommation de délaisser ou de purger. (Brux., 25 juin 1877, B. J., t. 36, 510; P., 1878, 182.)

Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations (art. 102; code civil, art. 2174).

Digitized by Google

Pourquoi faut-il la nomination du curateur? « Afin d'éviter « l'infamie ou l'ignominie qui, selon l'ancien droit, résultait de « la vente et distraction publique des biens. » (Troplong, n° 828)

1902. La loi ne fixe pas de délai après lequel le délaissement ne peut plus être fait ; elle se borne à dire qu'il peut l'être même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation *en cette qualité seulement*, c'est-à-dire, lorsqu'il a reconnu et lorsqu'il a été judiciairement déclaré que l'*immeuble* qu'il possède est grevé d'un privilége ou d'une hypothèque (art. 101 ; code civil, art. 2173). Nous devons donc admettre que le tiers détenteur peut encore délaisser quand même la procédure de saisie immobilière a été commencée contre lui. Mais il serait déchu de ce droit s'il s'était reconnu *débiteur personnel* de la dette ou s'il avait été condamné *en cette qualité*.

1903. Des effets du délaissement. Après le délaissement, les poursuites cessent contre le détenteur et ont lieu contre le curateur.

1904. Si la vente a eu lieu, quels effets produit-elle? En principe elle n'exerce pas l'effet d'une condition résolutoire et ne fait pas révoquer la propriété de l'acquéreur *ex tunc*. C'est pourquoi les actes de disposition qu'il a faits relativement à l'immeuble grevé sont valables, à moins qu'ils ne soient attaqués comme préjudiciables au droit des créanciers hypothécaires (*suprà*, n° 1889). Ainsi, sauf cette réserve, les servitudes qu'il a établies sur le fonds sont maintenues ; s'il a consenti de nouvelles hypothèques, ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leurs hypothèques, à leur rang, sur le bien délaissé et adjugé (art. 105). Si le prix de la vente excède le montant des dettes hypothécaires, cet excédant doit être rendu au tiers détenteur ou être distribué entre ses créanciers chirographaires.

1905. Toutefois, sous un autre point de vue, et en faveur du tiers détenteur, la loi considère la cessation de sa propriété comme ayant un effet rétroactif. Les servitudes et les autres droits réels, tels que l'usufruit ou les hypothèques qu'il avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui (art. 105, alin. 1 ; code civil, art. 2177). Rigoureusement, ces droits, éteints par confusion ou

Digitized by Google

par consolidation, ne peuvent pas revivre de plein droit. La règle de la loi, conforme à l'ancienne jurisprudence, est fondée sur l'équité et sur l'application analogue des règles sur l'éviction, à laquelle on a assimilé les poursuites par l'action hypothécaire.

1906. Les fruits sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires à partir du moment où les poursuites ont été commencées contre le tiers débiteur : « Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de délaisser ou de payer; et, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite (art. 104). » La péremption de la sommation a lieu de *plein droit,* sans que le détenteur ait besoin de poser un acte à cet effet.

1907. Le détenteur du fonds hypothéqué, tout en conservant en principe la faculté d'en disposer, ne peut faire des actes préjudiciables à l'intérêt des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Les détériorations qui procèdent de son fait ou de sa négligence donnent lieu contre lui à une action en indemnité au profit *de ces créanciers;* c'est-à-dire, les créanciers chirographaires n'ont aucun droit à cette indemnité, laquelle remplace la valeur immobilière détruite par le détenteur (art. 103). Cette disposition est également applicable au cas où le tiers détenteur, au lieu de délaisser, subit l'expropriation.

1908. Par contre, le tiers détenteur peut répéter ses *impenses* et *améliorations,* mais seulement jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration (art. 103; code civil, art. 2175).

La loi ne distingue pas entre les impenses *nécessaires* et les impenses *utiles* et voluptuaires. Ainsi, il faut tenir compte au détenteur de *toutes* les impenses quand elles ont produit une plus-value.

Mais il y a controverse sur la question de savoir si le tiers détenteur peut aussi répéter les impenses *nécessaires,* c'est-à-dire faites pour la conservation de la chose, quand même elles n'auraient pas causé une plus-value. Il ne peut pas les répéter contre le *créancier hypothécaire,* mais il peut en demander la restitution contre le vendeur par l'action en garantie (t. III, n° 1004). La répétition n'est pas admise contre le créancier hypothécaire. Car celui-ci a un droit réel sur le fonds; l'hypothèque frappe donc

Digitized by Google

en principe et de plein droit tout ce qui s'y unit et incorpore. Pourquoi le créancier serait-il tenu à une restitution? Les frais faits pour la conservation de la chose ne l'ont pas enrichi; ils ont seulement maintenu son gage. Le tiers détenteur est d'ailleurs tenu des réparations qui empêchent la détérioration de la chose; en les faisant, il accomplit simplement une obligation; il ne peut donc pas avoir droit à une indemnité. Ces impenses ne doivent pas diminuer les sûretés du créancier hypothécaire. Cette solution est conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence. (Troplong, n° 838 *bis*, Martou, n° 1320.)

1909. Quand il y a plus-value, comment le tiers détenteur peut-il faire valoir son droit? A-t-il un droit de rétention, ou peut-il répéter ses impenses par privilége? Suivant Tarrible et Battur, il a un droit de rétention; selon Troplong, n° 836, il a un privilége analogue au privilége de l'architecte. La plupart des jurisconsultes lui attribuent seulement une espèce d'action de *in rem verso*, un droit de distraction ou de déduction sur le prix de l'adjudication. (Duranton, n° 272; Zachariæ, § 287, note 27; Martou, n° 1322; Laurent, XXXI, n° 309.) Nous croyons cette dernière opinion juste. Car le privilége et le droit de rétention doivent être fondés sur une disposition spéciale de la loi qui n'existe pas pour ce cas. Il peut faire valoir son droit contre l'adjudicataire.

1910. L'action en répétition des impenses doit être admise également dans le cas où l'expropriation a eu lieu contre le tiers détenteur, de même qu'il est passible de l'action en dommages-intérêts (*suprà*, n° 1907).

C. *Du payement.*

1911. Le tiers détenteur peut éviter l'expropriation et se dispenser de délaisser l'immeuble, en payant ou en offrant de payer toutes les dettes hypothécaires inscrites, à quelque somme qu'elles puissent monter, ainsi que les intérêts de ces dettes. Dans ce cas, il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 97-99).

1912. Quant aux intérêts, il y a controverse. Selon les uns, les créanciers peuvent demander *tous* les intérêts échus (art. 98);

Digitized by Google

suivant les autres, ils ne peuvent demander que trois années. Cette dernière opinion est préférable. Elle est conforme au système de publicité. (Voy. *suprà,* n° 1838, 1839, 1870; Laurent, XXXI, n° 274.)

D. *Effets communs de l'expropriation, du délaissement et du payement.*

1913. Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a son recours, *tel que de droit,* contre le débiteur principal (art. 106; code civil, art. 2178). Les mots : *tel que de droit,* ont remplacé l'ancienne rédaction : recours *en garantie.* Car le recours a lieu aussi bien pour la subrogation aux droits des créanciers que pour la garantie. Ainsi, le détenteur qui a payé, parce qu'il possédait une partie de l'immeuble hypothéqué, peut exercer son recours contre les tiers détenteurs des autres parties de l'immeuble, ou des autres immeubles hypothéqués à la même dette, contre chacun dans la proportion de la valeur de l'immeuble qu'il détient, comparativement à la valeur totale des immeubles hypothéqués (arg. art. 1214, 1221, 1225, 2033).

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES. (Art. 108; C. civil, art. 2180.)

1914. Les priviléges et hypothèques s'éteignent :

1° Par l'extinction de l'obligation principale. L'hypothèque étant un droit essentiellement *accessoire* ne peut pas survivre à l'existence de la dette à laquelle elle est attachée. Si l'obligation, éteinte seulement sous condition, venait à revivre, les hypothèques et priviléges qui y étaient attachés revivraient aussi.

Toutefois, une hypothèque ne revit pas lorsque le créancier

Digitized by Google

est évincé de l'immeuble qu'il a reçu en payement. La dation en payement de cet immeuble constitue une novation.

1915. 2° Par la renonciation du créancier à l'*hypothèque*. Elle peut être *expresse* ou *tacite*. La renonciation expresse est valable, lors même qu'elle a été faite unilatéralement par le créancier dans un acte *authentique* (art. 93), sans avoir été acceptée par le débiteur ou par le créancier postérieur. C'est l'abandon d'un droit réel (*derelictio*). (Bruxelles, 16 décembre 1857, B. J., t. 16, 177; P., 1858, 81.) Mais pour avoir de l'effet à l'égard des tiers, la renonciation, de même que la cession de l'hypothèque doit être inscrite en marge de l'inscription hypothécaire. (*Suprà*, n° 1623 et Liége, 6 août 1859, B. J., t. 18, 467; P., 1861, 178.)

La renonciation *tacite* peut résulter de certains actes qui en font supposer l'existence. On a soulevé la question de savoir si le concours du créancier à l'*aliénation* de l'immeuble affecté de l'hypothèque ou à la constitution d'une nouvelle hypothèque, implique de sa part renonciation à son privilége ou à son hypothèque. Le plus souvent il faut se prononcer pour l'affirmative, mais c'est une question qui n'est pas susceptible d'une solution générale; elle dépend des circonstances. (Troplong, n°s 868 et suiv.) Quant au concours à l'établissement d'une seconde hypothèque, on peut dire, en général, qu'il a pour effet de donner à l'hypothèque nouvelle la priorité sur celle du créancier qui y a consenti.

1916. 3° Par l'effet des jugements, etc. (Voy. *suprà*, n°s 1864 et suiv.).

4° Par la purge. (Voy. *infrà*, chap. VIII.)

1917. 5° Par la *prescription*. Il faut distinguer.

A. A l'égard du *débiteur* lui-même, la prescription est acquise, quant aux biens qui sont entre ses mains, par le temps fixé pour la prescription de l'action principale qui donne l'hypothèque ou le privilége. C'est une conséquence de la règle mentionnée au n° 1914. Ainsi, par exemple, l'action résultant de la tutelle, prescrite dans les dix ans après la majorité, entraîne la prescription de l'hypothèque légale.

Les règles relatives à la suspension et à l'interruption de l'action principale s'appliquent également à l'action hypothécaire;

Digitized by Google

donc les inscriptions ou les simples renouvellements des inscriptions prises contre le débiteur ne sont pas interruptifs de la prescription (C. civ., art. 2244-2248).

1918. *B.* A l'égard du *tiers détenteur*. Il faut encore distinguer.

1. Si l'action *principale* est prescrite, comme l'action hypothécaire s'est prescrite dans le même délai, le tiers détenteur peut opposer cette prescription. C'est une conséquence de la règle du n° 1914.

1919. 2. Si l'action principale contre le débiteur subsiste encore, par quel délai le tiers détenteur peut-il s'affranchir de l'action hypothécaire ?

En droit romain, le détenteur acquérait la *liberté* du fonds par les mêmes délais par lesquels il en prescrivait la *propriété*, c'est-à-dire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, s'il était possesseur de bonne foi et en vertu d'un juste titre, et par trente ans s'il possédait de bonne foi, mais sans titre. Il en était de même d'après l'article 2180, n° 4, du code, mais la prescription au profit du détenteur ne commençait à courir que du jour de la *transcription* de son titre. C'était une usucapion de la liberté du fonds.

D'après la loi nouvelle, le tiers détenteur ne peut plus usucaper la liberté du fonds par dix ou vingt ans, mais seulement par le *temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers*, c'est-à-dire par *trente* ans. Deux motifs ont dicté ce changement : le premier, c'est de donner plus de sécurité au créancier, en le dispensant de faire de fréquents actes interruptifs de prescription; le second, c'est que le système complet de publicité des hypothèques permet difficilement de croire à la bonne foi du tiers détenteur. « Il est constitué en état de mauvaise foi légale, qui ne lui permet d'invoquer que la seule prescription trentenaire », dit le rapport de la commission de la chambre.

1920. Cette prescription trentenaire, qu'on la considère comme extinctive de l'action hypothécaire ou comme acquisitive de la liberté du fonds, n'*exige plus de titre;* elle commence au moment où le tiers détenteur a pris possession de l'immeuble, et non seulement après la transcription de son titre. (Rapport de la commission de la chambre.) Elle peut être interrompue, d'après les règles générales, par un acte de poursuite ou de reconnais-

Digitized by Google

sance, mais elle ne l'est pas par le simple renouvellement de l'inscription (n° 1917).

1921. La nouvelle disposition relative à la prescription par le tiers détenteur ne s'applique pas aux prescriptions déjà commencées au moment où la loi hypothécaire est devenue obligatoire ; elles ont été régies encore par le code civil. Ainsi, le tiers détenteur au profit duquel la prescription avait commencé le 1er janvier 1852, a pu l'accomplir par dix ans à partir de la transcription de son titre. (Dispositions transitoires, art. 11.)

1922. Sous le code, il y a une question importante, surtout à cause du court délai de dix ans dans lequel s'accomplissait la prescription au profit du tiers détenteur. Lorsqu'un fonds est hypothéqué à une dette non exigible (une rente) ou à longue échéance et que le débiteur en paye exactement les arrérages ou les intérêts, comment le créancier peut-il interrompre la prescription contre le tiers détenteur? Aucun des moyens de poursuite énoncés aux articles 2244-2247 ne peut être employé, parce que la dette n'est pas exigible; aucune disposition de la loi n'oblige le détenteur à interrompre la prescription par un acte de reconnaissance, et la simple inscription de l'hypothèque ne l'interrompt pas. Quelques auteurs donnent au créancier le droit de faire *assigner* le détenteur en *déclaration d'hypothèque;* mais ce moyen est tout au moins contestable. Pour ces motifs, le Conseil de Brabant considérait anciennement comme imprescriptible l'action hypothécaire, aussi longtemps que le débiteur principal remplissait ses obligations. (*Stockmans Decis.* 83.) — A l'ancienne université de Louvain, on enseignait que l'action du créancier ne pourrait se prescrire que par trente ans. (*Maurissens ad* 50 *libros Digest.*, t. III, p. 334-335; rapport de la commission de la chambre, *ad* art. 100.)

La loi nouvelle a comblé cette lacune. Le tiers détenteur peut être contraint de fournir, à ses frais, un titre récognitif de l'hypothèque, à dater de la transcription de son acquisition; par cet acte, la prescription, si elle était en cours au profit du précédent propriétaire, sera interrompue, et le point initial de la prescription au profit du propriétaire actuel sera nettement fixé. Cet acte récognitif a encore l'avantage de bien constater l'identité du bien frappé de l'hypothèque.

Digitized by Google

Afin que, dans le cas où la dette n'est pas exigible, le tiers détenteur ne puisse pas acquérir la prescription même par le laps de trente ans, la loi lui impose l'obligation de renouveler, aussi à ses frais, l'acte de l'hypothèque vingt-huit ans après sa date, s'il possède encore l'immeuble hypothéqué. Cette disposition est puisée dans l'article 2263 du code, qui contraint le *débiteur d'une rente* à fournir à son créancier un titre nouvel vingt-huit ans après la date du dernier titre.

1923. Les priviléges et hypothèques s'éteignent encore : 6° par le défaut d'inscription dans les trois mois de l'ouverture de la succession (art. 82, alin. 2; *suprà*, n° 1822); 7° par la perte de la chose grevée; 8° par la résolution du droit de propriété de celui du chef duquel procédait le privilége ou l'hypothèque (article 74; *suprà*, n° 1796).

CHAPITRE VIII.

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES. (Art. 109-122.)

I. NOTION DE LA PURGE ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1924. Nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même; donc le cédant ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose cédée, et il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé (art. 109).

Or, le droit de suite oblige le tiers détenteur à subir l'expropriation, à moins qu'il ne délaisse ou qu'il ne consente à payer *toutes* les dettes inscrites. Pour arrêter les poursuites et pour le dispenser de délaisser ou de payer toutes les dettes inscrites, la loi donne à l'acquéreur la *faculté de purger* sa propriété. La purge est un bénéfice par suite duquel le tiers détenteur peut affranchir l'immeuble grevé en versant le prix de cet immeuble entre les mains des créanciers privilégiés et hypothécaires en ordre de le recevoir.

Digitized by Google

1925. Lorsqu'un immeuble est grevé d'hypothèques *au delà de sa valeur*, personne ne l'achètera dans l'intention de payer toutes les dettes inscrites, ni pour le délaisser aussitôt ou pour en subir l'expropriation. Les biens surchargés de dettes seraient donc frappés d'une espèce d'inaliénabilité, et en quelque sorte placés hors du commerce par cela seul que personne ne voudrait les acquérir ; ils ne pourraient donc pas arriver dans la main qui souvent serait à même de les faire valoir le mieux.

Pour rendre ces biens à la circulation, la loi vient en aide à celui qui les acquiert, en lui permettant d'offrir aux créanciers inscrits le *prix de son acquisition*, et d'en obtenir le dégrèvement complet moyennant le payement de ce prix entre les mains des créanciers, c'est-à-dire moyennant remise immédiate, et sans expropriation, de la valeur de l'immeuble qui leur servait de gage. Si les créanciers acceptent ces offres, la valeur de l'immeuble demeure irrévocablement fixée au chiffre du prix de l'acquisition, les inscriptions excédant ce prix sont rayées et l'immeuble reste libre entre les mains de l'acquéreur; si les créanciers n'acceptent pas ces offres, ils peuvent enchérir sur la valeur offerte et provoquer la vente publique du bien engagé.

Cette manière de procéder s'appelle la *purge*, ou le *purgement*, ou la *purge hypothécaire*. Elle est avantageuse à l'acquéreur, puisqu'il peut, sans courir le danger d'une expropriation forcée, se rendre propriétaire d'un bien surchargé d'hypothèques; elle ne peut jamais nuire aux créanciers, puisque ceux-ci peuvent requérir l'épreuve de la vente publique si la valeur offerte leur paraît insuffisante.

1926. En droit romain, la vente forcée de la chose hypothéquée, faite régulièrement avec l'observation de toutes les formalités prescrites par la loi, entraînait l'extinction de toutes les hypothèques dont elle était grevée; mais en cas de vente volontaire, aucune voie n'était ouverte à l'acquéreur pour arriver à l'affranchissement de l'immeuble, si ce n'était celle de payer *toutes* les dettes hypothécaires.

Dans l'ancien droit français, le *décret forcé*, c'est-à-dire la saisie suivie de la vente publique au plus offrant, avait le même effet qu'en droit romain. A défaut de loi, la pratique avait inventé, dans le but d'obtenir le même résultat en cas de vente *volontaire*, un

Digitized by Google

expédient dont le besoin se faisait d'autant plus vivement sentir que les hypothèques étaient occultes : cet expédient, c'était le *décret volontaire*.

L'acquéreur qui voulait se mettre à l'abri des hypothèques et des droits réels procédant du chef de son vendeur, convenait avec ce dernier qu'il pourrait faire un décret volontaire et qu'il ne payerait le prix de son acquisition qu'après que ce décret aurait été scellé sans opposition. Il créait en forme exécutoire une dette imaginaire au profit d'une personne de confiance qui en donnait à l'instant une contre-lettre. Cette personne faisait contre l'acquéreur du fonds un commandement de payer, et procédait à la saisie avec toutes les formalités usitées dans les décrets forcés, jusqu'à l'adjudication. Ce décret produisait l'affranchissement de l'immeuble de même que la vente forcée; il était appelé *volontaire*, parce que les poursuites avaient lieu d'accord avec le débiteur fictif.

La procédure par décret volontaire, très longue et coûteuse, fut remplacée par la formalité des *lettres de ratification*, introduite par l'édit du mois de juin 1771, dans le but de purger les hypothèques. Il fut créé, pour l'expédition de ces lettres, une chancellerie dans chacun des bailliages ou sénéchaussées, et le sceau fut remis à des officiers établis près de ces chancelleries. L'acquéreur exposait publiquement son titre d'acquisition, pendant deux mois, au greffe du bailliage dans le ressort duquel étaient situés les immeubles que l'on voulait purger. Durant ce temps, tous les créanciers des précédents propriétaires pouvaient faire opposition entre les mains du conservateur *ad hoc*, et faute de cette opposition, l'immeuble demeurait irrévocablement purgé des priviléges et hypothèques de ces créanciers. Pendant le même espace de temps, ces créanciers pouvaient aussi surenchérir du dixième du prix porté au contrat d'acquisition, ou d'un vingtième s'il y avait déjà une surenchère. Les deux mois expirés, les *lettres de ratification* étaient scellées et expédiées au tiers détenteur, à la charge des oppositions existantes, et sous la responsabilité du conservateur en cas qu'il eût omis les oppositions de quelques créanciers. Le prix était alors distribué aux créanciers suivant leur rang. (Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Priviléges et Hypothèques*, n° 1991.)

Digitized by Google

1927. Plusieurs dispositions de l'édit de 1771 ont servi de type à la loi du 11 brumaire an VII, dont le système de purge ne diffère pas beaucoup de ceux du code et de la loi belge de 1851. Le code contient deux chapitres relatifs à la purge : le 8e, intitulé : *Du mode de purger les propriétés des priviléges et hypothèques,* et le 9e, concernant le *mode de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs*. Ce dernier chapitre a été supprimé comme inutile, puisqu'il n'y a plus d'hypothèque sans inscription.

1928. La commission spéciale, en examinant, dans son rapport, la question de savoir si la purge hypothécaire devait être maintenue, en a discuté tous les avantages et les inconvénients, ainsi que la valeur des divers systèmes proposés pour la remplacer. Elle a conclu au maintien de la purge, en principe, en demandant toutefois des modifications dont l'utilité avait été démontrée par l'expérience. Voici les principales améliorations introduites dans la loi nouvelle : 1° la purge n'entraîne plus la déchéance des délais de payement stipulés en faveur du débiteur ou du créancier; 2° le détenteur a moins de latitude dans le choix de l'époque où il veut faire la purge; il doit la faire dans l'année de la transcription de son acte d'acquisition ; 3° la loi donne une plus grande facilité de faire la surenchère en la réduisant à 5 p. c. du prix; 4° les formalités ont été simplifiées et les frais diminués.

II. CONDITIONS REQUISES.

1929. 1. Quelles personnes peuvent faire la purge? La purge renferme l'*offre* aux créanciers inscrits de leur payer le prix ou la valeur de l'immeuble grevé, donc un engagement. Pour purger, il faut donc être capable de s'obliger et de payer ; par conséquent la femme mariée doit, à cet effet, être autorisée de son mari, et la personne placée sous conseil judiciaire doit être assistée de son conseil.

Quant au *mineur,* il y a controverse. Selon les uns, le tuteur peut *seul* faire la purge; suivant d'autres, il ne peut la faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. L'autorisation ne nous semble pas nécessaire ; la purge n'entre pas dans la catégorie des actes soumis à cette condition. Le tuteur ne fait autre

Digitized by Google

chose que s'obliger pour le mineur à payer une *dette existante;* seulement au lieu de la payer au vendeur, il s'oblige à la payer aux créanciers inscrits qui ont droit de saisir les deniers. (Troplong, n[os] 923-924 ; Martou, n[os] 1438-1440.)

1930. Tout acquéreur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, peut purger, pourvu qu'il ne soit pas *personnellement obligé* aux dettes inscrites. Car, dans ce dernier cas, la purge ne lui serait d'aucune utilité. Quand même il aurait *affranchi l'immeuble* des priviléges et hypothèques qui le grevaient, ce même immeuble pourrait être saisi sur lui par les créanciers hypothécaires non payés, comme par ses créanciers chirographaires, parce qu'il est leur débiteur personnel et que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers.

1931. 2. A quelle *époque* la purge peut-elle avoir lieu? La loi distingue. Si le nouveau propriétaire est *poursuivi* comme tiers détenteur, il doit faire la notification à l'effet de purger dans les trente jours au plus tard à compter de la première sommation qui lui a été adressée (art. 110, alin. 1).

Dans tous les cas, qu'il ait été poursuivi ou non, il ne peut user de la faculté de purger que sous la condition de faire cette notification *dans l'année de la transcription de son titre d'acquisition* (art. 111). Donc si les poursuites n'ont été commencées contre le nouveau propriétaire qu'après l'année de cette transcription, il est déchu du droit de purger. L'acquéreur qui n'a pas fait la purge dans l'année n'est pas déchu de la faculté de délaisser, pas même lorsque l'acte de vente porte la clause que, faute de purger dans les délais prescrits, l'acquéreur sera tenu de toutes les dettes inscrites. (Bruxelles, 25 juin 1877, B. J., t. 36, 510; P., 1878, 182.)

La loi a prescrit ce délai afin que les créanciers ne soient pas obligés de rester longtemps dans l'incertitude, et qu'il ne puisse pas dépendre du nouveau propriétaire de choisir à son gré le moment le plus favorable à ses intérêts, par exemple le moment d'une dépréciation accidentelle ou passagère, pour commencer la purge.

Le délai d'une année s'applique aussi aux détenteurs qui ont acquis leur propriété par un acte *antérieur* à l'époque à laquelle la nouvelle loi hypothécaire est devenue obligatoire. (Disp. transitoires, art. 12.)

Digitized by Google

III. INDICATION SOMMAIRE DE LA PROCÉDURE DE PURGE.

1932. On peut distinguer quatre phases principales de la procédure en purge : 1° l'offre ou la notification à faire par l'acquéreur ; 2° l'incident de l'exercice de l'action résolutoire ; 3° les actes des créanciers en présence des offres de l'acquéreur ; 4° le désistement du créancier requérant la mise aux enchères.

A. *De la notification à faire par l'acquéreur.*

1933. 1. *Que doit faire notifier* l'acquéreur ? Le propriétaire qui veut faire usage de la faculté de purger est tenu, dans les délais fixés au n° 1931, de faire notifier aux créanciers, aux *domiciles par eux* élus dans les inscriptions :

1° La date de son titre, s'il est authentique, ou celle de l'acte notarié ou du jugement portant reconnaissance de l'acte sous seing privé ; le nom et la résidence du notaire qui a reçu l'acte, ou bien le tribunal qui a rendu le jugement ; la désignation des parties ; l'indication précise des immeubles ; le *prix et les charges faisant partie du prix de la vente ;* l'*évaluation de ces charges,* celle du prix même s'il consiste en une rente viagère ou en toute obligation autre que celle de payer un capital fixe ; enfin l'*évaluation de la chose si elle a été donnée ou cédée à tout autre titre qu'à celui de vente ;*

2° L'indication de la date, du volume et du numéro de la transcription ;

3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions, ainsi que l'indication du volume et du numéro de ces inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers, et la troisième, le montant des créances inscrites (art. 110).

Sur le cas où plusieurs immeubles ou des meubles et des immeubles ont été vendus par le même acte, voyez *infrà*, n° 1944.

1934. 2. *A qui* la notification doit-elle être faite ? Cette notification doit être faite à *tous les créanciers inscrits avant la transcription* de l'acte d'acquisition, et ne doit être faite qu'à ces créanciers (art. 112). Car nous avons vu (*suprà*, n° 1712), que toute inscrip-

Digitized by Google

tion prise sur les précédents propriétaires, postérieurement à cette transcription, est inopérante.

1935. 3. *Que doit-il offrir aux créanciers?* Le nouveau propriétaire déclarera, par le même acte, qu'*il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée,* sans déduction aucune au profit du vendeur.

Sauf disposition contraire dans les titres de créances, il jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire et il observera ceux stipulés contre ce dernier.

Les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile seront immédiatement exigibles, vis-à-vis du nouveau propriétaire, jusqu'à concurrence, et pour le tout à l'égard du débiteur (art. 113). Le deuxième alinéa de cet article déroge à l'article 2184 du code civil, en ne faisant plus perdre au tiers détenteur le bénéfice du terme en cas de purge. La distinction entre dettes exigibles et non exigibles est dans l'intérêt du tiers détenteur et dans l'intérêt du créancier qui ne veut pas être remboursé.

B. *De l'incident de l'exercice de l'action résolutoire.*

1936. Si parmi les créanciers se trouve un vendeur ayant à la fois le privilége et l'action résolutoire, il aura *quarante jours,* à partir de la notification à lui faite, pour *opter* entre ces deux droits, sous peine d'être déchu de l'action en résolution et de ne pouvoir plus réclamer que son privilége.

S'il opte pour la résolution du contrat, il devra, à peine de déchéance, le déclarer au greffe du tribunal dans le ressort duquel l'ordre doit être poursuivi.

La déclaration sera faite dans le délai ci-dessus fixé de quarante jours, et suivie dans les *dix jours de la demande en résolution.*

A partir du jour où le vendeur aura opté pour l'action résolutoire, la purge sera suspendue et ne pourra être reprise qu'après la renonciation, de la part du vendeur, à l'action résolutoire, ou après le rejet de cette action.

Ces dispositions sont applicables au copermutant et au donateur (art. 114).

Digitized by Google

Cette règle a le double motif de ne pas laisser inutilement faire la purge, et de l'abréger si elle a lieu. L'action résolutoire doit être *intentée* dans les *dix jours*, quelle que soit l'époque de la déclaration, eût-elle été faite le lendemain de la notification. D'après les motifs de la loi, il faut admettre que le créancier est déchu du droit d'intenter l'action résolutoire, s'il ne l'a pas fait dans les dix jours.

L'action résolutoire rend la purge inutile. Elle révoque le droit du propriétaire qui la poursuit ainsi que les hypothèques des créanciers postérieurs au droit du vendeur qui demande la résolution, sauf les droits de ces derniers, d'après ce qui a été dit au n° 1703.

C. *Des actes des créanciers en présence des offres de l'acquéreur.*

1937. Les créanciers auxquels la notification et l'offre mentionnées aux n°s 1933-1935 ont été faites peuvent les accepter *tacitement*, en ne faisant *rien* dans le délai de quarante jours (art. 115, alin. 1), ou bien ils peuvent *ne pas accepter* le prix offert et provoquer la vente de l'immeuble aux enchères et par adjudication publique.

1938. 1. Ils ne font rien ou acceptent tacitement. Alors la valeur de l'immeuble demeure *définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire* (art. 116, alin. 1).

Il en est de même dans le cas où la réquisition de la mise aux enchères est nulle. Quand même la mise aux enchères n'aurait pas été requise, les créanciers auraient toujours le droit d'attaquer la déclaration du prix et l'évaluation des charges si elle était frauduleuse ou dissimulée. (Bordeaux, 14 juillet 1873, D., 1875, 2, 18.)

1939. 2. Les créanciers sont libres de ne *pas accepter* le prix offert et de requérir *la mise aux enchères*.

A. Conditions. La mise de l'immeuble aux enchères et par adjudication publique peut être requise par *tout* créancier *dont le titre est inscrit,* alors même que dans le tableau signifié aux termes de l'article 110,n ° 3 (*suprà,* n° 1933), et dans le certificat qui sert de base à ce tableau, *il aurait été omis* (art. 129, alin. 2).

Digitized by Google

1940. Cette réquisition se fait à la charge :

1° Qu'elle sera signifiée par huissier au nouveau propriétaire, *dans les quarante jours au plus tard de la notification* faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant un jour par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel du créancier le plus éloigné du tribunal qui doit connaître de l'ordre;

2° Qu'elle contiendra soumission du requérant, ou d'une personne présentée par lui, de porter le prix à *un vingtième en sus de celui stipulé dans le contrat*, ou déclaré par le nouveau propriétaire. Cette enchère portera sur le prix principal et les charges, sans aucune déduction préjudiciable aux créanciers inscrits. Elle ne devra point porter sur les frais du premier contrat;

3° Que la même signification sera faite, dans le même délai, au précédent propriétaire et au débiteur principal ;

4° Que l'original et les copies de ces exploits seront signés par le créancier requérant ou son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration. Ils devront aussi être signés, le cas échéant, par le tiers enchérisseur ;

5° Que le requérant offrira de donner caution personnelle ou hypothécaire jusqu'à concurrence *de vingt-cinq pour cent du prix et des charges ;* ou qu'ayant consigné une somme équivalente, il notifiera copie du certificat de consignation.

Le tout à peine de nullité (art. 115).

1941. *B.* Forme de la mise aux enchères. D'après le code, la revente aux enchères avait lieu suivant les formes établies pour les expropriations forcées (art. 2187). L'article 117 de la loi de 1851 renvoie aussi au code de procédure civile; mais les articles 13 et 14 des dispositions transitoires prescrivaient que, jusqu'à ce que d'autres formalités fussent établies, la vente par suite de surenchère aurait lieu conformément à la loi du 12 juin 1816. Aujourd'hui la revente doit se faire conformément aux articles 93-101 de la loi du 15 août 1854 sur l'*Expropriation forcée.*

1942. *C.* Effets de la surenchère. Il faut distinguer :

1° Un *tiers* se rend adjudicataire ; il est tenu, au delà du prix de son adjudication, de restituer à l'*acquéreur ou au donataire dépossédé* les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la

Digitized by Google

transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification et ceux faits par lui pour parvenir à la revente (art. 118; C. civ., art. 2188).

Dans ce cas, il y a résolution complète du contrat fait par celui qui a provoqué la purge. Ce dernier est tout à fait déchargé vis-à-vis de son vendeur, et les hypothèques qu'il a consenties pendant son acquisition sont et demeurent éteintes. C'est parce que l'acquéreur est dépossédé et évincé qu'il doit sortir absolument indemne; l'adjudicataire doit même lui rembourser les impenses et les améliorations qui ont donné une plus-value à l'immeuble. (Troplong, n° 962.)

La disposition qui impose à l'adjudicataire tous ces frais semble au prime abord peu équitable; mais elle n'a rien de contraire à l'équité, puisque l'adjudicataire, enchérissant volontairement, était instruit d'avance de l'étendue de ses obligations.

1943. 2° L'*acquéreur* qui a fait la purge *conserve l'immeuble* en se rendant lui-même dernier enchérisseur. Comme il n'y a pas eu de mutation de propriété, puisqu'il n'a pas cessé d'être propriétaire de l'immeuble mis aux enchères, il n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication (art. 119; C. civ., article 2189).

Toutefois comme la réquisition de mise aux enchères constitue une éviction (t. III, n°s 997, 998), il a son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre d'acquisition et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque payement (art. 121, 122; C. civ., art. 2191, 2192).

1944. *D.* Du cas de vente de plusieurs immeubles ou de meubles et immeubles par le même titre. Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués, situés dans le même ou dans divers arrondissements de bureaux, aliénés pour un seul et même prix ou pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre.

Digitized by Google

Le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement; sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait, soit de la division des objets de son acquisition, soit de celle des exploitations (art. 122; C. civ., article 2192, et *suprà*, n° 1933).

D. *Du désistement du créancier qui a requis la mise aux enchères.*

1945. Le désistement du créancier requérant la mise aux enchères ne peut, même quand le créancier payerait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique, *si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires*, ou si ces derniers, sommés par huissier de poursuivre l'adjudication dans la quinzaine, n'y donnent point suite. En ce cas, l'import de la soumission est acquis aux créanciers dans l'ordre de leurs créances (art. 120; C. civ., art. 2190).

Le motif de cette disposition, c'est que la loi considère la soumission de surenchère comme un *bénéfice commun* à tous les créanciers inscrits. Le désistement du requérant ne suffit pas pour leur enlever ce bénéfice; la surenchère d'un seul a conservé le droit de tous les autres, qui tous ou au moins quelques-uns auraient peut-être surenchéri, si la surenchère n'avait déjà eu lieu.

La sommation de poursuivre l'adjudication doit être faite à la requête du tiers détenteur; lui seul a intérêt à la poursuivre et à terminer la liquidation.

IV. DES EFFETS DE LA PURGE.

1946. S'il n'y a pas eu de mise aux enchères, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat d'acquisition ou évalué par le tiers détenteur qui a provoqué la purge. Celui-ci se libérera des priviléges et hypothèques, soit en payant aux créanciers en ordre utile l'import des créances

Digitized by Google

exigibles ou de celles qu'il lui est facultatif d'acquitter, soit en consignant le prix jusqu'à concurrence de ces créances.

Il reste soumis aux priviléges et hypothèques venant en ordre utile, à raison des créances non exigibles, dont il ne voudrait ou ne pourrait se libérer (art. 116).

En cas de mise aux enchères, l'acquéreur sur adjudication publique doit payer de la même manière le prix de l'adjudication et restituer au précédent propriétaire les frais mentionnés *suprà*, au n° 1942 (art. 118).

1947. Dans les deux cas, les créanciers venant en ordre utile sont payés sur le prix, et les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile sur le prix sont rayées pour la partie qui l'excède, par suite de l'ordre amiable ou judiciaire dressé conformément aux lois de la procédure. *L'immeuble est libre* entre les mains de l'acquéreur (art. 116, alin. 2, 129; C. civ., art. 2186, 2198).

1948. Si le conservateur a omis, dans le certificat qu'il a délivré à l'acquéreur qui veut purger, une ou plusieurs des créances inscrites sur un immeuble, l'acquéreur ne peut pas, à leur égard, accomplir les formalités de la purge. La loi devait alors choisir entre deux partis : ou déclarer que la purge ne nuirait pas au créancier omis, et que sa créance continuerait de grever le fonds; ou bien que le fonds serait affranchi de cette hypothèque, et que l'acquéreur serait dispensé de faire les nouvelles formalités de purge à l'égard de la créance omise. Le code civil et la nouvelle loi ont adopté ce dernier système (art. 129; C. civ., article 2198). Le projet du gouvernement avait proposé le premier. Les motifs qui ont déterminé le législateur sont : l'intérêt du crédit foncier et la sécurité des acquisitions. De plus, le créancier ordinairement n'ignore pas la purge ni l'ouverture de l'ordre;il peut donc se présenter encore, et faire valoir ses droits; mais le tiers détenteur n'a pas d'autre moyen de connaître les créanciers hypothécaires que le certificat du conservateur.

La propriété resterait grevée, et le créancier pourrait faire valoir tous ses droits contre le tiers détenteur, si l'omission provenait de la faute de celui-ci, par exemple, si dans la demande du certificat des inscriptions adressée au conservateur des hypothèques, il avait mal indiqué le débiteur.

Le créancier, dont l'inscription a été omise dans le certificat

Digitized by Google

délivré par le conservateur des hypothèques, a son recours contre ce dernier (art. 128, n° 2).

1949. La disposition mentionnée au numéro précédent ne préjudicie pas au droit des créanciers, omis dans le certificat du conservateur des hypothèques, de requérir la surenchère dans le délai utile, et de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre ouvert entre les créanciers n'est pas devenu définitif (art. 129, alin. 2).

CHAPITRE IX.

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

(Art. 123-134.)

1950. La tenue des registres destinés aux transcriptions et à l'inscription des priviléges et des hypothèques a été confiée à des fonctionnaires publics appelés *conservateurs des hypothèques* (*suprà*, n° 1821). La conservation des hypothèques a été organisée par la loi du 21 ventôse an VII (11 mars 1799), dont les dispositions, encore en vigueur, complètent celles contenues dans ce chapitre.

1951. La *publicité* étant la base de notre régime hypothécaire, le législateur, tout en ouvrant au public les registres du conservateur, devait en même temps prendre toutes les mesures propres à garantir la plus grande exactitude de ces registres mêmes ainsi que des extraits ou certificats qui en sont demandés. Pour obtenir ce résultat, la loi prescrit plusieurs dispositions réglementaires, dont l'inobservation entraîne, pour les conservateurs, des pénalités qui peuvent aller jusqu'à la destitution ; en outre elle leur impose la *responsabilité civile* à raison du préjudice résultant : 1° de l'omission, sur leurs registres, des transcriptions d'actes soumis à cette formalité, et des inscriptions requises en leurs bureaux; 2° du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des transcriptions ou inscriptions existantes, à moins que l'erreur ne provienne de désignations insuf-

Digitized by Google

fisantes qui ne pourraient leur être imputées (art. 128; C. civ., art. 2197).

1952. D'après ces principes, on peut facilement expliquer les dispositions suivantes de la loi que nous pouvons nous borner à transcrire ici. Ces dispositions concernent :

1. La tenue des registres.

Les conservateurs devront tenir :

1° Un registre de dépôt, où seront constatées par numéros d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises des titres dont on requiert l'inscription ou la transcription ;

2° Des registres où seront portées les transcriptions;

3° Des registres où seront portées les inscriptions des priviléges et hypothèques et les radiations ou réductions (art. 124).

Les conservateurs tiendront, en outre, un registre sur papier libre ; ils y porteront par extrait au fur et à mesure de la remise des actes, sous le nom de chaque propriétaire grevé, et à la case qui lui est destinée, les inscriptions, radiations et autres actes qui le concernent. Ils indiqueront aussi les registres où chacun des actes est porté, et le numéro sous lequel il est consigné (art. 125).

Tous les registres des conservateurs, à l'exception de celui énoncé en l'article 125, sont en papier timbré, cotés et parafés à chaque feuillet par premier et dernier, par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi.

Le registre de dépôt sera arrêté chaque jour comme ceux d'enregistrement des actes (art. 131 ; C. civ., art. 2201).

Les mentions de dépôts, les inscriptions et les transcriptions sont faites sur les registres de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur, de cinq cents à deux mille francs d'amende, et des dommages-intérêts des parties, payables aussi par préférence à l'amende (art. 133; C. civ., art. 2203).

1953. 2. La délivrance des extraits.

Les conservateurs donneront au requérant, s'il le demande, une reconnaissance, sur papier timbré, de la remise des actes ou bordereaux destinés à être transcrits ou inscrits. Cette reconnaissance rappellera le numéro du registre sous lequel la remise aura été inscrite.

Ils ne pourront opérer les transcriptions et inscriptions sur

Digitized by Google

les registres à ce destinés qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites (art. 126; C. civ., art. 2200).

Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer des certificats constatant les mutations et concessions de droits réels, ainsi que les baux consentis par tous individus indiqués dans les réquisitions écrites qui leur sont faites à cette fin.

Ils sont également tenus de délivrer à tout requérant copie des inscriptions existantes, ou des certificats constatant qu'il n'en existe point (art. 127; C. civ., art. 2196).

1954. 3. Le refus d'inscription ou de délivrance d'un certificat.

Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder les transcriptions ou inscriptions, ni la délivrance des certificats, sous peine des dommages et intérêts des parties; à l'effet de quoi procès-verbaux des refus ou retards seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit par un huissier ou un notaire (art. 130; C. civ., art. 2199). Toutefois le conservateur doit examiner les actes soumis à la transcription sous le rapport de leur caractère extérieur et des formalités auxquelles est subordonnée leur existence matérielle (Bruxelles, 22 octobre 1855, P., 1856, 41).

1955. 4. La rectification des erreurs.

Le conservateur peut opérer, à ses frais, la rectification des erreurs qu'il aurait commises, en portant sur ses registres, mais seulement à la date courante, une transcription des actes et bordereaux précédée d'une note qui relatera la première transcription (art. 134).

1956. 5. Les pénalités.

Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de cinquante à mille francs pour la première contravention. En cas de récidive, l'amende sera double et la destitution pourra même être prononcée, selon les circonstances, le tout sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende (art. 132; C. civ., art. 2202).

Digitized by Google

TITRE XIX.

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE ET DES ORDRES ENTRE LES CRÉANCIERS. (Art. 2204-2218.)

1957. Ce titre a été remplacé, en Belgique, par la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée. Il appartient plutôt à la procédure qu'au droit civil.

TITRE XX.

DE LA PRESCRIPTION. (Art. 2219-2281.)

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1958. « La prescription », dit l'article 2219, « est un moyen « d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous « les conditions déterminées par la loi. »

Le code traite dans ce titre de *deux* institutions différentes, mais qui sont régies par quelques principes communs, de l'*usucapion* et de la *prescription*. Elles ont cela de *commun*, que le *laps d'un certain temps* a de l'influence soit sur l'*acquisition*, soit sur l'*extinction* des droits, ou tout au moins des moyens de les faire valoir.

Mais elles diffèrent par leur origine, par leur objet et par les conditions auxquelles elles sont soumises.

1959. L'*usucapion* est l'acquisition de la propriété d'une chose corporelle, et, nous devons ajouter d'après le code, *immobilière*, ou d'un droit réel immobilier, par la continuation de la

Digitized by Google

possession, à titre de maître, pendant un certain temps. On l'appelle aussi prescription *acquisitive*.

La *prescription* proprement dite est une manière de perdre un droit, par suite du seul non-exercice de ce droit pendant un certain temps. On l'appelle aussi prescription *extinctive*.

Si l'on voulait se conformer à un ordre strictement rationnel, il faudrait séparer ces deux institutions et traiter de l'usucapion dans le titre qui s'occupe des manières d'acquérir la propriété. En réunissant dans un seul titre les règles sur l'usucapion et sur la prescription, les auteurs du code ont suivi la méthode de la plupart des anciens jurisconsultes.

1960. L'usucapion et la prescription sont-elles fondées en droit naturel? Cette question divise les auteurs depuis longtemps. A ne consulter que les principes juridiques rigoureux, nous pensons que l'usucapion et la prescription ne sont pas de droit naturel. L'*usucapion* ne l'est pas; car, par cela seul que j'ai, de fait, exercé un droit de propriété appartenant *à autrui,* je ne puis pas avoir privé ce dernier de *son droit;* et comme la propriété de la même chose ne peut pas appartenir à deux personnes à la fois, il s'ensuit que je ne puis pas l'avoir acquise. On doit appliquer le même raisonnement à la *prescription extinctive*. Car celui qui a un droit est *libre* de l'exercer ou de ne pas l'exercer; cette *liberté* constitue l'essence du droit même. Or, si l'ayant droit a cette liberté, le *non-exercice* de son droit ne doit entraîner pour lui aucune conséquence préjudiciable, et ne peut donc pas causer la perte de son droit.

Au reste, l'usucapion et la prescription supposent nécessairement l'expiration d'un certain laps de temps. Or, il est impossible, d'après le droit naturel, de *fixer le temps* après lequel le non-exercice d'un droit doit en entraîner l'extinction.

1961. Malgré ces principes juridiques, qui semblent les repousser, nous voyons l'usucapion et la prescription reçues par la législation de toutes les nations civilisées; elles sont réellement *juris gentium*. Il faut donc que leur existence soit fondée en raison ou sur la nécessité; et, en effet, cette nécessité existe.

Nous ne discuterons pas toutes les diverses raisons mises en avant par les auteurs pour les justifier. Les uns ont vu dans l'usucapion ou la prescription, une récompense pour la bonne foi du

Digitized by Google

possesseur, les autres une punition pour la négligence du propriétaire ou du créancier; d'autres encore un moyen de diminuer les procès; quelques-uns enfin une renonciation tacite.

Ces motifs résistent difficilement à la critique, bien que quelques-uns d'entre eux se trouvent allégués dans plusieurs lois romaines, par exemple la négligence du créancier dans les L. 2 et 3 C., *De annali exceptione*, 7, 40. La véritable raison de ces institutions, c'est une loi de la nature, c'est l'*incertitude de tous les droits après un certain laps de temps*. Il serait illusoire d'établir en *principe* la perpétuité et l'imprescriptibilité des droits, lorsque, en *réalité*, il est impossible, après un long espace de temps, de connaître et de constater avec exactitude les faits et les éléments qui servent de base aux prétentions des hommes. Cette raison, invoquée déjà par plusieurs auteurs anciens, par exemple par Cicéron et Gajus dans les *Commentarii*, I, § 44 (*ne rerum dominia diutius in incerto essent*), a été développée avec beaucoup de force et de clarté par Bigot-Préameneu, auteur de l'Exposé des motifs de ce titre, et par de Savigny, *Droit romain*, t. V, § 237. « Le temps », dit l'Exposé des motifs, n° 1, « qui sans cesse et de plus en plus établit et justifie le droit du possesseur, ne respecte aucun des autres moyens que les hommes ont pu imaginer pour constater ce droit. Il n'est point de dépôt, il n'est point de vigilance qui mette les actes publics ou privés à l'abri des événements dans lesquels ils peuvent être perdus, détruits, altérés, falsifiés. La faux du temps tranche de mille manières tout ce qui est l'ouvrage des hommes. »

Lorsque, à cause de cette incertitude, le juge est exposé à se tromper également, soit en maintenant le *statu quo* de la possession ou des droits, soit en le changeant, la loi attribue à la possession même une présomption de vérité. L'état des choses existant est présumé juste, par cela seul qu'il a existé pendant un certain temps. C'est parce qu'elle met un terme à l'incertitude des droits que l'on a appelé la prescription *patronâ generis humani*; elle est nécessaire pour la sécurité des droits; elle est donc un élément essentiel de l'ordre social.

Outre ces raisons générales pour toute prescription, il y en a une spéciale à l'*usucapion*, c'est que la preuve d'une acquisition légitime de la propriété serait presque impossible, si l'usucapion

Digitized by Google

elle-même n'était pas considérée comme un mode d'acquisition. Car tout mode *dérivé* d'acquisition suppose que celui qui a transféré son droit était lui-même propriétaire légitime. Comme presque toutes les acquisitions aujourd'hui sont dérivées, il faudrait remonter au *premier acquéreur originaire* pour prouver le droit du propriétaire actuel, ce qui est impossible; c'est ce qui a fait appeler cette preuve une *probatio diabolica*. Et c'est pour cette raison que celui qui a *possédé* sous certaines conditions, pendant un temps déterminé, est considéré comme ayant *acquis originairement*, quand même son auteur ou prédécesseur n'aurait pas été propriétaire.

1962. Il ne faut pas confondre avec la prescription la *déchéance* encourue par suite de l'expiration d'un délai à la durée duquel est circonscrit l'exercice d'une faculté, par exemple les déchéances de procédure, la déchéance de la faculté d'exercer le réméré ou l'action en rescision de la vente pour cause de lésion, ou la réclamation pour excédant ou défaut de mesure (C. civ., art. 1660-1663, 1676, 1622). Les délais de déchéance courent contre toutes personnes, même contre celles à l'égard desquelles la prescription est suspendue. L'origine de cette règle sur les courtes prescriptions se trouve dans le droit coutumier. « Toute prescription annale, ou moindre coutumière, court contre les absents et mineurs, sans espérance de restitution », dit Loysel, *Institutes coutumières*, n° 721. Malgré la différence existant entre ces deux institutions, quelques règles concernant la prescription s'appliquent aussi aux déchéances sur la computation du temps.

1963. Nous avons suivi le système du code en traitant, dans le même titre, de l'usucapion et de la prescription. Néanmoins, pour exposer méthodiquement et avec clarté les règles qui régissent l'une et l'autre de ces institutions, il faut les grouper séparément; c'est ce qui nous a déterminé à changer l'ordre dans lequel le code les a classées.

Après avoir traité dans ce I[er] chapitre de quelques dispositions générales, nous exposerons dans le chapitre II les règles qui s'appliquent à la fois à l'usucapion et à la prescription; dans le chapitre III, celles qui concernent spécialement l'usucapion; dans le IV[e], celles relatives à la prescription proprement dite; nous

Digitized by Google

consacrerons le Ve chapitre à la prescription des exceptions, et au VIe, nous traiterons de la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre ».

II. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1964. L'*usucapion* remonte probablement à l'origine du droit romain ; le monument le plus ancien de la législation romaine, la loi des Douze Tables, proclame déjà le principe : que la propriété s'acquiert par la possession continue des fonds de terre pendant deux ans, des autres choses pendant un an. La *prescription* extinctive est d'une origine plus récente. Dans l'ancien droit, toutes les actions étaient perpétuelles, à l'exception de celles créées par le préteur, qui devaient être intentées dans un délai fixé.

Sous les empereurs, le principe de la prescription fut d'abord appliqué dans les provinces aux actions *réelles* relatives aux immeubles, qui devaient être exercées dans le délai de dix ou vingt ans (*longum tempus*), selon que les parties habitaient la même province ou des provinces différentes. Théodose II généralisa le principe de la prescription, en fixant à *trente ans* (*longissimum tempus*) le plus long délai dans lequel on pourrait exercer une action quelconque.

Justinien admit ce système et fondit l'ancienne usucapion romaine avec la *longi temporis præscriptio* reçue dans les provinces. Voici, en résumé, son système quant à la prescription et à l'usucapion :

A. Quant à la *prescription*. Toutes les actions se prescrivent en règle par le laps de trente ans. Dans quelques cas exceptionnels, l'action a une durée plus longue. Il ne faut pas de bonne foi de la part de celui qui profite de la prescription.

B. Quant à l'*usucapion* :

1. Celui qui, de bonne foi et en vertu d'un juste titre, possède une chose *mobilière* pendant *trois* ans, ou une chose *immobilière* pendant *dix* ou *vingt* ans, en *acquiert la propriété* par l'*usucapion* ordinaire (*usucapio* ou *longi temporis præscriptio*).

2. Celui qui, sans réunir toutes les autres conditions requises, possède de bonne foi une chose pendant *trente* ans, en acquiert

Digitized by Google

la propriété par l'usucapion extraordinaire (*longissimi temporis præscriptio*).

2. Celui qui ne possède pas de bonne foi peut, après trente ans, opposer la *prescription extinctive* (*longissimi temporis præscriptio*) ; mais elle n'a pas pour effet de lui donner la *propriété* de la chose possédée ; elle lui sert seulement comme *exception* pour repousser l'action revendicatoire. Voyez les détails de cette matière dans Maynz, *Cours de droit romain*, §§ 158-161, 110-112.

Le cours de la prescription pouvait être *interrompu* ou *suspendu* par différentes causes qui ont été également admises par les législateurs modernes et que nous examinerons ultérieurement.

1965. Il paraît que la prescription et l'usucapion n'étaient pas entièrement inconnues dans l'ancienne législation des peuples germaniques ; mais les sources ne nous en donnent que peu d'indications. Nous les trouvons établies dans les premiers temps de la monarchie franke ; introduites par le droit romain, elles y ont été confirmées par les rois de la première et de la seconde race. Une constitution de Clotaire Ier, de 560, permet à l'Eglise, aux ecclésiastiques et aux Romains de se défendre contre toute revendication par la prescription de trente années ; une autre constitution, de Childebert, rendue en 595, fait mention de la prescription acquisitive de dix, vingt ou trente ans, et les sources d'une époque plus récente contiennent de nombreux exemples de ces prescriptions.

Si nous faisons abstraction des principes du droit germanique sur la possession et l'usucapion des choses mobilières, nous devons reconnaître que le droit coutumier n'a pas exercé beaucoup d'influence sur cette matière. Le droit français a admis l'usucapion et la prescription romaines, sauf les différences entre les délais pour accomplir l'une et l'autre, qui variaient beaucoup dans les diverses coutumes.

1966. D'après les lois romaines, il fallait avoir possédé *de bonne foi* pour *acquérir* par l'usucapion ; mais la bonne foi n'était pas requise pour se *libérer* par la prescription extinctive. Le droit canonique introduisit un principe nouveau. Tout en admettant la nécessité de la prescription, *propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem*, il décida qui ni dans

Digitized by Google

le for intérieur, ni devant les tribunaux, la prescription ne pouvait être admise, si la bonne foi ne l'avait pas accompagnée pendant toute sa durée. Cette règle s'appliquait aussi bien à la prescription *extinctive* qu'à la prescription acquisitive : « *Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est* », dit la décrétale du pape Innocent III de 1216, « *synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam canonica quam civilis. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* » (Voy. C. 5 et C. 20, X, *De præscriptionibus*, II, 26.)

Mais cette décrétale ne fut pas observée en France, et presque toutes les coutumes ainsi que la jurisprudence des pays du droit écrit donnèrent la préférence à la législation des empereurs romains, et défendirent de rechercher si la possession avait été de bonne ou de mauvaise foi chez celui qui avait possédé pendant trente ans. (Troplong, *Prescription*, n° 23; Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° *Prescription civile*, n° 14.)

Le droit intermédiaire et le code n'ont pas apporté de changements essentiels à cette matière.

CHAPITRE II.

RÈGLES CONCERNANT A LA FOIS L'USUCAPION ET LA PRESCRIPTION.

SECTION PREMIÈRE.

DES PERSONNES QUI PEUVENT PRESCRIRE ET DE CELLES CONTRE LESQUELLES LA PRESCRIPTION COURT.

1967. Toute personne physique ou morale, capable d'acquérir des immeubles ou des droits réels immobiliers, peut usucaper. De même, la prescription extinctive peut être invoquée par toute personne (art. 2227).

1968. Depuis longtemps les auteurs ont discuté la question de savoir si la prescription et particulièrement l'usucapion sont du droit civil ou du droit des gens, et, par voie de conséquence, si les étrangers peuvent s'en prévaloir. D'après notre théorie

Digitized by Google

exposée au tome Ier, nos 122, 123, les étrangers jouissent en Belgique de tous les droits civils dont ils ne sont pas privés par une disposition spéciale de la loi. Or, aucune loi ne déclare l'étranger incapable de prescrire ni d'usucaper. Mais quelle que soit l'opinion que l'on professe sur les droits civils dont les étrangers jouissent en général, il faut admettre qu'ils peuvent usucaper et prescrire. Car l'usucapion et la prescription sont *juris gentium*, comme la propriété même. Sans prescription, pas de propriété. (Troplong, no 35; Laurent, t. XXXII, nos 12 et 13.)

1969. En règle, la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque *exception* établie par la loi (art. 2251). Ainsi elle court aussi contre les absents, contre les individus placés sous conseil judiciaire, contre ceux qui ignorent leurs droits, et contre les personnes en état de démence, tant que leur interdiction n'a pas été prononcée, quoique ce dernier cas soit controversé. Elle court contre les personnes morales, c'est-à-dire contre l'Etat, les provinces, les communes et les établissements publics, de la même manière que contre les particuliers. Les priviléges que l'ancienne législation admettait en faveur de plusieurs personnes morales sont supprimés (article 2227). A l'égard des personnes pour lesquelles la loi établit une exception, la prescription est *suspendue*. Nous les mentionnerons *infrà*, nos 1992 et suiv., quand nous traiterons de la suspension de la prescription en général.

SECTION II.

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE.

I. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA COMPUTATION DU TEMPS.

1970. Pour opérer la prescription, il faut l'accomplissement d'un certain laps de temps qui varie suivant la nature des droits que la prescription a pour but de faire acquérir ou d'éteindre. Le laps de temps se calcule d'après les règles suivantes.

1971. 1° La prescription se compte *par jours* et non *par heures* (art. 2260). « Le temps de la prescription ne peut pas se

Digitized by Google

compter par heures; c'est un espace de temps trop court et qui ne saurait même être uniformément déterminé », dit l'Exposé des motifs. (Locré, XVI, 572.)

1972. 2° Le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où le fait qui donne naissance à la prescription s'est passé, n'entre pas dans le terme requis pour prescrire; le *lendemain* de ce jour est le point initial de la prescription, c'est le premier qui doit être compté pour parfaire le terme. Car le *dies a quo* ne peut pas y entrer en totalité; il était *entamé* quand le fait a eu lieu. En le comprenant dans le terme, le délai requis pour prescrire ne serait pas complètement accompli. Ainsi, par exemple, je suis entré en possession d'un fonds le 1er janvier 1854, à midi. Ce jour n'a donc pas été un jour *entier* de possession. Les dix années de possession n'ont donc pas été accomplies à la fin du 31 décembre 1863. Le premier jour complet des dix ans, c'est le 2 janvier 1854, et le dernier, le 1er janvier 1864. De même, une obligation a été consentie le 30 juin 1830; le premier jour du délai de prescription est le 1er juillet, et le délai a été accompli le 30 juin 1860 à minuit. Aujourd'hui les auteurs et la jurisprudence adoptent presque généralement ce mode de calcul. (Cass. fr., 3 mai 1854, D., 1854, 1, 324; Laurent, t. XXXII, n° 352.) Toutefois Merlin est d'un avis contraire; il admet le *dies a quo* comme point de départ de la prescription.

1973. 3° La prescription est acquise lorsque le *dernier* jour du terme est *accompli* (art. 2261). La manière de compter est la même pour l'*usucapion* et pour la *prescription extinctive*. Ainsi, la règle romaine, d'après laquelle il suffisait que le dernier jour du temps requis fût *commencé* pour que l'*usucapion* fût *acquise* (*dies cœptus pro jam completo habetur*), est aujourd'hui abolie. (Exposé des motifs, n° 29, Locré, XVI, 572.)

1974. 4° On compte d'après le calendrier grégorien. Les mois se comptent *date par date*, tels qu'ils sont fixés par le calendrier, sans avoir égard au nombre de jours dont ils se composent. (Cass. fr., 27 déc. 1811.)

1975. 5° Le jour bissextile se compte, comme tout autre, dans les prescriptions qui s'accomplissent par un certain nombre de *jours*.

1976. 6° Les jours fériés comptent, et la prescription, quel-

Digitized by Google

que courte qu'elle soit, peut s'accomplir un jour férié. Cette thèse a été, à tort, controversée.

1977. En vertu de la disposition transitoire de l'article **2281**, les prescriptions commencées à l'époque de la publication de ce titre du code ont été réglées par les lois anciennes, tant à l'égard des *conditions requises* qu'à l'égard du laps de temps. La date de la promulgation du titre *Des prescriptions* est le 4 germinal an XII (25 mars 1804). Cette règle comprend l'usucapion comme la prescription. (Laurent, t. XXXII, n° 609.) Elle s'applique à toutes les prescriptions dont traite le code civil, même dans d'autres titres que dans celui-ci. La place qu'occupe cet article et la nature de la disposition qu'il porte commandent cette interprétation. Mais il ne s'applique pas aux prescriptions établies soit par le code de commerce, soit par le code de procédure, soit par des lois spéciales; car la plupart de ces lois sont postérieures au code civil. La disposition de l'alinéa 1 de l'article 2281 est exceptionnelle et ne doit être appliquée qu'aux prescriptions pour lesquelles le législateur l'a portée. Car le commencement d'une prescription n'est pas un *droit acquis*. Celui qui veut prescrire n'a qu'un droit éventuel, dont l'acquisition peut être empêchée par la volonté d'une autre personne.

1978. La règle qui précède reçoit deux exceptions :

1. Un droit déclaré *imprescriptible* par le code ne peut plus se prescrire aujourd'hui, quand même cette prescription aurait été autorisée par l'ancien droit, et qu'elle aurait commencé à courir avant la promulgation du code. Ainsi la prescription des servitudes non apparentes ou discontinues, commencée *avant* le code, n'a pu s'achever après sa promulgation, parce que ces servitudes ne peuvent plus s'acquérir aujourd'hui que par titre (art. 691). (Laurent, t. XXXII, n° 612.)

2. Les prescriptions commencées à l'époque indiquée au numéro précédent, et pour lesquelles il fallait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la même époque, se sont accomplies par le laps de trente ans. Autrefois il y avait des prescriptions qui ne s'accomplissaient que par quarante ou même par cent ans; le code les a réduites au maximum de trente ans.

Les prescriptions pour lesquelles il faut moins de temps

Digitized by Google

d'après le code civil que d'après l'ancien droit, ne se sont accomplies que dans le délai prescrit par l'ancien droit, pourvu qu'il n'excède pas trente ans.

II. DE LA CONTINUITÉ DU TEMPS ET DE L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION (art. 2242-2250).

1979. Une condition essentielle de la prescription est la *continuité* du non-exercice du droit pendant tout le délai déterminé par la loi ; il faut que la prescription ne soit pas *interrompue*.

La prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement (art. 2242).

1980. Il y a interruption *naturelle* lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit par un tiers (art. 2243).

Cette disposition s'applique surtout à l'*usucapion*. Il importe peu par quelle cause la possession a été interrompue, par violence, par le fait du propriétaire, d'un tiers ou par l'abandon volontaire. Mais si la dépossession n'a pas duré une année (à la différence du droit romain, où *toute* interruption de la possession interrompt l'usucapion) et si le possesseur est rentré dans sa possession, soit du consentement de celui qui l'avait dépossédé, soit par suite d'une action possessoire ou pétitoire, l'usucapion n'a jamais été interrompue.

L'interruption *de fait* ou *naturelle* de la prescription *extinctive* a lieu par l'exercice matériel du droit sujet à extinction par suite du non-usage; par exemple, la prescription d'une servitude de passage est interrompue par le fait de passer sur le fonds servant (art. 707).

1981. La prescription est interrompue *civilement :*

1° Par une *citation en justice* (art. 2244). Une simple sommation ou interpellation extrajudiciaire ne suffit pas à cet effet. (Pau, 20 juillet 1870, D., 1872, 2, 70.) La signification d'un transport (art. 1690) n'interrompt pas la prescription; ce n'est pas un acte d'exécution; mais la reconvention produit cet effet. La citation en justice interrompt la prescription à partir du jour de sa date, et non seulement du jour de la comparution de la partie assignée.

Digitized by Google

La citation en justice, donnée même devant un juge *incompétent*, interrompt la prescription (art. 2246). Cette disposition est contraire au droit strict. « L'ancien usage de la France, contraire à la loi romaine, était qu'une action libellée interrompait la prescription lors même qu'elle était intentée devant un juge incompétent : cet usage, plus conforme au maintien du droit de propriété, a été conservé », dit l'Exposé des motifs, n° 18 (Locré, XVI, 568). La citation en nomination d'arbitres interrompt la prescription de l'action principale. (Bruxelles, 3 décembre 1877, B. J., t. 36, 113; P., 1878, 166, confirmé en cass. belge, 26 décembre 1878, B. J., t. 37, 461.)

1982. La *citation en conciliation* devant le bureau de paix interrompt la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit (art. 2245). Il en est ainsi, quand même la cause serait du nombre de celles qui sont dispensées du préliminaire de la conciliation (*contrà*, cass. fr., 17 janvier 1877, D., 1878, 1, 19; Laurent, t. XXXII, n° 105), ou lorsque l'affaire ne pourrait pas être terminée par transaction (arg. art. 2246). Quelques auteurs distinguent entre les causes qui ne sont pas susceptibles de se terminer par transaction et celles qui sont seulement dispensées du préliminaire de conciliation, mais qui peuvent être terminées par transaction. Ils n'admettent l'interruption de la prescription par la citation en conciliation qu'à l'égard des secondes. (Troplong, n° 592.) Cette opinion est contraire à l'article 2246, qui ne distingue pas entre les *causes* de l'incompétence. Il suffit que l'on ait la conscience de son droit et que l'on ait montré une volonté sérieuse de le poursuivre pour que la prescription soit interrompue.

1983. L'interruption résultant d'une citation en justice est réputée *non avenue* dans les quatre cas indiqués dans l'article 2247, savoir :

a. Lorsque l'assignation est nulle par défaut de forme, parce qu'alors il n'y a pas, à proprement parler, d'assignation.

Il n'y a pas de nullité *par défaut de forme*, si le demandeur, qui a procédé seul, avait besoin d'une autorisation ou du concours d'une autre personne pour former sa demande, par exemple si la femme a fait assigner sans être autorisée de son mari, ou le mi-

Digitized by Google

neur émancipé sans l'assistance de son curateur, etc. Car le défaut d'autorisation n'opère en général qu'une nullité relative, susceptible de se couvrir par une autorisation accordée après la demande et même en appel (art. 1125).

La prescription est aussi interrompue si la nullité a été couverte (code de procédure civile, art. 173).

b. Si le demandeur s'est désisté de sa demande (code de procédure, art. 402-403).

c. S'il a laissé périmer l'instance, c'est-à-dire s'il a discontinué les poursuites pendant trois ans (code de proc., art. 397-401). (Bruxelles, 20 février 1865, P., 1866, 126.)

d. Si la demande est rejetée, peu importe pour quel motif; par exemple, pour défaut de qualité du demandeur. (Cass. fr., 7 juin 1869, D., 1870, 1, 54 et l'arrêt cité sous litt.) *c.* Donc, la prescription n'est pas interrompue si la demande a été rejetée *quant à présent, hic et nunc,* par exemple, parce qu'elle n'avait pas été précédée du préliminaire de la conciliation. (Cass. fr., 8 janv. 1877, D., 1877, 1, 81 et la note.)

1984. 2° La prescription est interrompue par un *commandement,* c'est-à-dire par un *ordre d'exécution* donné en vertu d'un jugement ou d'un acte authentique notarié et signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire (art. 2244).

1985. 3° Par une *saisie* signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire (art. 2244). La saisie est un moyen encore plus énergique que le commandement de prouver que le créancier veut faire valoir son droit. Toute espèce de saisie est interruptive de la prescription, la saisie-exécution, la saisie immobilière, la saisie-gagerie, la saisie-brandon, etc.

Quant à la *saisie-arrêt,* il y a controverse. Mais il faut admettre qu'elle interrompt la prescription. La loi ne distingue pas, et cette saisie est un moyen d'exécution des actes et des jugements comme les autres saisies. (Lyon, 7 janv. 1868, D., 1868, 2, 62; Laurent, t. XXXII, n° 115.) Toutefois nous croyons qu'elle n'interrompt la prescription que depuis le moment où le débiteur saisi aura reçu l'assignation en validité prescrite par l'article 563 du code de procédure civile. (Cass. fr., 25 mars 1874, D., 1874, 1, 367; Besançon, 28 avril 1875, D., 1878, 2, 74.)

1986. 4° La prescription est interrompue par la *reconnais-*

Digitized by Google

sance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait (art. 2248). Il ne faut pas confondre la *reconnaissance du droit* non encore prescrit avec la *renonciation* à la prescription, laquelle ne peut avoir lieu que lorsque la prescription est déjà acquise.

Si la reconnaissance était faite par un des débiteurs solidaires ou par le débiteur principal après que la prescription aurait déjà été acquise, elle ne pourrait porter aucun préjudice, dans le premier cas, aux autres débiteurs solidaires, dans le second, à la caution.

La reconnaissance peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est tacite, par exemple, lorsque le débiteur paye les intérêts de la dette (Cass. fr., 15 juillet 1875, D., 1877, 1, 323), ou lorsqu'il fournit un gage ou une caution (Montpellier, 15 mai 1872, D., 1874, 2, 165).

Pour être valable, la reconnaissance doit avoir été faite dans un acte auquel le créancier est intervenu comme *partie*. Ainsi, par exemple, un acte de partage entre les héritiers du débirentier, dans lequel le créancier n'est pas intervenu, ne constitue pas un acte interruptif de la prescription à son égard. (Brux., 3 avril 1878, P., 1878, 352. *Contrà*, cass. belge, 17 mars 1854, P. 1854, 218; cass. fr., 27 janvier 1868, D., 1868, 1, 200, et Poitiers, 30 juillet 1877, D., 1878, 2, 60, qui n'exigent pas l'intervention du créancier.)

1987. L'interruption naturelle de l'usucapion qui s'opère par la perte de la possession interrompt aussi la prescription des actions qui auraient été prescrites si l'usucapion s'était accomplie, par exemple de l'action en revendication et de l'action confessoire. Cette interruption a un effet absolu ; elle opère à l'égard de toutes les personnes indistinctement. Elle empêche que le possesseur n'acquière aucun droit sur la chose dont il a eu la possession ; par conséquent, les droits qui auraient été anéantis si le possesseur eût accompli la prescription restent intacts, par exemple les servitudes, l'usufruit. (Laurent, t. XXXII, nº 144.)

1988. En règle, l'interruption civile de la prescription n'a d'effet qu'entre les parties, leurs successeurs ou ayants cause; elle ne s'étend pas d'une personne à l'autre. Ainsi, par exemple, l'interruption de la prescription opérée par l'un des cohéritiers ou contre l'un des cohéritiers ne profite et ne nuit pas aux

Digitized by Google

autres (Cass. belge, 26 juin 1879, P., 1879, 327), celle faite contre l'usufruitier ne s'étend pas au propriétaire ; si le vendeur interrompt la prescription de l'action résolutoire contre l'acquéreur, il ne l'a pas interrompue, par cela seul, contre les tiers détenteurs du bien vendu.

L'interruption de la prescription à l'égard du tiers détenteur du bien hypothéqué à la dette n'a aucun effet contre le débiteur principal et vice versa (art. 2180 ; loi hypoth. belge du 16 décembre 1851, art. 108). Ces deux actions sont indépendantes l'une de l'autre. Ainsi, l'interruption faite par le créancier hypothécaire contre le détenteur de l'un des immeubles hypothéqués à la dette n'interrompt pas la prescription à l'égard de ceux qui détiennent les autres immeubles hypothéqués à la même dette.

1989. La règle qui précède souffre exception dans les cas suivants :

1° En cas de *solidarité* entre les créanciers ou les débiteurs (art. 2249). (Voy. t. III, nos 119, 124.)

2° Lorsque le droit qui fait l'objet de la prescription est *indivisible* (art. 2249, alin. 2). (Voy. t. III, nos 143, 2° ; 144, 4°.)

3° L'interpellation faite au débiteur principal interrompt la prescription contre la caution ; l'obligation accessoire dure autant que l'obligation principale (art. 2250). Le code a décidé l'ancienne controverse sur cette question en suivant l'opinion de Pothier.

1990. Mais l'interpellation faite à la caution ou sa reconnaissance interrompt-elle la prescription à l'égard du débiteur principal ?

Suivant les uns, l'affirmative est certaine, par le motif que le droit du créancier est un et identique tant contre la caution que contre l'obligé principal ; que les payements faits par la caution ont pour effet de proroger l'action contre le débiteur. (Troplong, n° 635.) D'autres distinguent. Si le cautionnement a eu lieu au vu et au su du débiteur principal ou dans le même acte, les poursuites dirigées contre la caution interrompent la prescription contre le débiteur principal ; mais si elle s'est obligée après coup et à l'insu du débiteur principal, la prescription n'est pas interrompue, pas même à l'égard de la caution, par les poursuites dirigées contre cette dernière.

Digitized by Google

D'autres sont, avec Duranton, n° 283, Laurent, t. XXXII, n° 152, etc., d'avis qu'une poursuite contre la caution n'interrompt pas la prescription contre le débiteur principal, et pas même contre la caution. Cette opinion est juste. Car le créancier qui poursuit la caution n'exerce pas la totalité de son droit. Le créancier n'a de droit contre la caution qu'autant qu'il a un droit contre le débiteur principal, dont la caution est l'accessoire. L'accessoire ne peut pas conserver le principal. Si le débiteur est libéré, la caution est libérée aussi, et elle peut faire valoir toutes les exceptions que le débiteur principal est en droit d'opposer (art. 2033). Ce que la caution aurait payé après l'extinction de la dette principale serait indûment payé. La nature complètement accessoire de la caution résulte de l'article 2250 même; il n'est pas nécessaire de l'interpeller pour conserver son droit contre la caution.

La caution pourrait opposer la prescription, quand même elle aurait reconnu son cautionnement avant que la prescription fût acquise, pourvu qu'elle n'eût pas fait novation ou expromission.

1991. L'interruption de la prescription a pour effet de rendre inutile le temps qui l'a précédée; la prescription, une fois interrompue, est censée n'avoir jamais commencé. Celui contre lequel l'interruption a eu lieu peut commencer une nouvelle usucapion ou prescription, laquelle est soumise aux mêmes conditions et réglée par les mêmes lois que celle qui a été interrompue, à moins que l'acte interruptif ne constitue une véritable *novation;* alors la nouvelle obligation n'est plus régie par les règles de prescription qui régissaient l'ancienne; par exemple l'action de tutelle dure dix ans; si le tuteur a été condamné, l'action de la chose jugée durera trente ans. (Voy. t. III, n° 418.) La reconnaissance, si elle renfermait une novation, produirait le même effet.

III. DES CAUSES QUI SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION (art. 2251-2259).

A. *Règles générales sur la suspension de la prescription.*

1992. Il faut bien distinguer la *suspension* de l'interruption

Digitized by Google

de la prescription. La suspension en arrête le cours à partir du moment où l'événement qui y donne lieu est arrivé (*præscriptio quiescit, dormit*).

La prescription peut être suspendue au moment même où une action est née, ou bien lorsqu'elle a déjà commencé à courir. Dans le premier cas, elle ne commence pas; dans le second, elle s'arrête au moment où la cause qui la suspend arrive. Mais quand cette cause vient à cesser, la prescription reprend son cours, elle continue, et le temps déjà expiré avant la suspension est ajouté à celui qui s'écoule après la suspension, pour accomplir la prescription.

La suspension n'a lieu que dans les cas spécialement prévus par la loi.

1993. La prescription ne court pas : 1° contre les *mineurs* et les *interdits* (art. 2252). Cette disposition s'applique aussi au mineur émancipé; la loi ne distingue pas. D'après le droit romain, aucune prescription ne courait contre les *pupilles* ou *impubères;* mais la longue prescription de trente ans seule ne courait pas contre les mineurs proprement dits; les prescriptions d'une durée moindre n'étaient pas suspendues à leur égard.

Suivant la coutume de Paris et le plus grand nombre des autres coutumes, la prescription était suspendue pendant la minorité. Toutefois le droit coutumier présentait beaucoup de variété dans cette matière. Ainsi quelques coutumes admettaient la prescription, mais en accordant aux mineurs le bénéfice de la restitution; d'autres sans bénéfice de restitution; d'autres encore ne permettaient pas que la prescription commençât à courir contre les mineurs, mais elles ne faisaient pas suspendre la prescription déjà en cours quand le droit qui en était l'objet avait passé à un mineur. (Troplong, nos 734-736.)

La suspension de la prescription en faveur des mineurs et des interdits est fondée sur ce que ces personnes ne peuvent pas agir *elles-mêmes*, et que la loi ne veut pas les rendre victimes de la négligence ou de l'oubli de leur tuteur, qui n'a pas toujours une fortune suffisante pour que le recours contre eux soit efficace. Une raison donnée spécialement pour la suspension de l'usucapion, c'est que les immeubles des mineurs ne peuvent être aliénés qu'avec certaines formalités qui ne se rencontrent pas dans l'alié-

Digitized by Google

nation opérée par l'usucapion. *Alienare videtur qui patitur usucapi.* (Exposé des motifs, n°.22, Locré, XVI, 569.)

La suspension de la prescription ne profite pas aux majeurs qui ont des intérêts communs avec ceux des mineurs, à moins que le droit qui leur est commun ne soit *indivisible*, par exemple une servitude (art. 710, et t. III, n° 143, 3°).

1994. Dans les cas prévus par l'article 2278 et dans les autres cas déterminés par la loi, les courtes prescriptions ne sont pas suspendues à l'égard des mineurs. On les a considérées comme des déchéances (*suprà*, n° 1962). Les raisons qui ont fait établir ces prescriptions de courte durée ont paru plus fortes que la protection due aux mineurs, qui ont d'ailleurs toujours le recours contre leur tuteur. C'est conforme à l'ancienne jurisprudence.

Mais, même dans ces cas exceptionnels, le tuteur lui-même ne peut pas prescrire contre son pupille; car il est obligé de défendre et de conserver les droits de ce dernier.

1995. 2° La prescription court contre la femme mariée, mais elle ne court pas *entre époux* (art. 2253), quand même ils seraient séparés de corps. (Voy. t. I, n° 490, 3°.) « Il serait contraire à la nature de la société du mariage que les droits de chacun ne fussent pas l'un à l'égard de l'autre respectés et conservés. L'union intime qui fait leur bonheur est en même temps si nécessaire à l'harmonie de la société, que toute occasion de la troubler est écartée par la loi. » (Exposé des motifs, n° 23, Locré, p. 570.) Cette règle s'applique aussi à la prescription quinquennale de l'article 2277. (Bordeaux, 3 fév. 1873, D., 1873, 2, 162.)

1996. 3° Quant à la *femme mariée*, il faut distinguer :

A. La prescription court contre elle, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari. A plus forte raison la prescription court-elle à l'égard des biens dont la femme s'est réservé l'administration (art. 2254).

Toutefois, la prescription est suspendue pendant le mariage, dans le cas où le mari ayant vendu le bien propre de sa femme sans son consentement, est garant de la vente, et dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari (art. 2256, 2°). Car si la femme exerçait alors contre un tiers

Digitized by Google

une action pour laquelle ce tiers serait fondé à mettre en cause le mari comme garant, il en résulterait une contestation judiciaire entre le mari et la femme, et c'est ce que la loi veut éviter. (Exposé des motifs, n° 25, Locré, p. 570.)

B. La prescription ne court point pendant le mariage à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué en dot selon le régime dotal (art. 2255). C'est une conséquence du principe de l'inaliénabilité du fonds dotal (t. III n° 900).

C. La prescription est pareillement suspendue pendant le mariage dans le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté (art. 2256, 1° et *infrà*, n° 2000). Cette règle n'est-elle pas en contradiction avec l'article 2259? Quelle est la raison de la différence mal indiquée par les auteurs? Il n'y a pas contradiction. Car la femme, tant qu'elle délibère, n'a aucune qualité pour agir; elle n'est ni acceptante, ni renonçante. L'héritier, pendant qu'il délibère, est héritier; il est *saisi* de la succession; il a donc qualité pour agir; sauf à répudier cette qualité, s'il veut. Dans tous les cas, il peut faire des actes conservatoires sans prendre la qualité d'héritier (art. 796 et t. II, n° 1446).

1997. 4° La prescription ne court pas contre l'*héritier bénéficiaire* à l'égard des créances qu'il a contre la succession (article 2258). Car il représente la succession et il ne peut agir contre lui-même, dit Pothier, *Obligations*, n° 646. Cette raison n'est pas satisfaisante; car l'héritier bénéficiaire peut agir contre la succession; il doit intenter sa demande contre les autres héritiers, ou, s'il n'y en a pas, contre un curateur au bénéfice d'inventaire (code de procédure, art. 996). Avec plus de raison on pourrait dire qu'il a la *possession* des biens de l'hérédité, et que sa possession empêche que la prescription ne coure contre lui. (Chabot de l'Allier, *Successions*, sur l'art. 802.)

1998. La prescription court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur (art. 2258). Car il dépend des créanciers de faire nommer un curateur.

Elle court encore pendant les trois mois pour faire inventaire et les quarante jours pour délibérer (art. 2259). Elle court contre les héritiers, parce qu'ils peuvent faire des actes conservatoires,

Digitized by Google

parmi lesquels il faut ranger l'interruption de la prescription (voy. t. II, nº 1394). Elle court contre les créanciers de la succession, parce qu'ils peuvent agir contre les héritiers pendant ces délais, sauf à ces derniers à demander un sursis pour prendre qualité (code de procédure, art. 174, et t. II, nº 1447).

Il en était autrement en droit romain; aucune action ne pouvait être intentée contre l'héritier délibérant, et la prescription ne pouvait courir à son profit (L. 22, § 11, C., *De jure deliberandi,* 6, 30). L'ordonnance de 1667 a dérogé à cette règle en permettant aux créanciers d'assigner les héritiers pendant le délai pour faire inventaire, sauf à ces derniers à demander un sursis.

B. *Spécialement, de la faculté d'agir et de la maxime :* Contra agere non valentem non currit præscriptio.

1999. La prescription ne court pas contre celui qui, *à raison de quelque empêchement juridique,* se trouve dans l'impossibilité de poursuivre son droit. Cette règle est exprimée par l'adage : *Contra agere non valentem non currit præscriptio* : L. 1, §§ 1 et 2, C., *De annali exceptione,* 7, 40; L. 7, § 4, C., *De præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum,* 7, 39; L. 30, C., *De jure dotium,* 5, 12; L. 22, § 11, C., *De jure deliberandi,* 6, 40. (Cass. fr., 6 mars 1867, D., 1867, 1, 436; Grenoble, 22 janv. 1869, D , 1874, 5, 385; Nîmes, 16 mai 1870, D., 1873, 1, 85; Cass. fr., 28 juin 1870, D., 1870, 1, 310). (Elle n'est pas énoncée par le code en termes généraux. Duranton, nº 286, dit qu'elle n'est pas d'une grande autorité, à cause de l'abus qu'on en pourrait faire. En effet, l'observation de Duranton n'est pas sans fondement; la règle qui nous occupe est souvent appliquée mal à propos. Ainsi, suivant plusieurs auteurs, la prescription est suspendue en faveur des mineurs et des interdits, à cause de leur impuissance d'agir fondée sur leur incapacité personnelle. (Troplong, nºs 733 et suiv.) C'est là sans doute une fausse application de la règle : *Contra agere non valentem non currit præscriptio.* Car, d'abord, le mineur et l'interdit ne se trouvent pas dans une impossibilité de droit d'agir puisqu'ils sont légalement représentés par leur tuteur qui *peut* agir pour eux ; ensuite le mineur lui-même peut poursuivre son droit et obtenir jugement à cet effet, et, si la pour-

Digitized by Google

suite lui est avantageuse, le majeur n'a pas le droit d'en opposer la nullité.

2000. Mais la règle *Contra agere non valentem,* etc., entendue comme elle doit l'être, est un principe de droit d'une justesse incontestable, fondé dans la nature même des choses. Le vrai sens de la règle est celui-ci : il serait injuste de faire courir la prescription dans les cas où la *loi même,* en rendant la poursuite impossible, forme un obstacle à ce que l'on empêche le cours de la prescription. En ce sens, le principe est admis par le code, sinon en thèse générale, au moins dans ses principales applications. Ainsi les trois cas de suspension prévus par l'article 2257 sont des applications de ce principe. « La prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive; à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ; à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que le jour soit arrivé. » Dans ces trois cas, il y a un obstacle *légal* à la poursuite. Le créancier ne peut pas poursuivre un droit conditionnel ou une créance à terme avant l'arrivée de la condition ou du terme; la loi s'y oppose, peu importe que la créance soit productive d'intérêts ou non. (Gand, 30 mars 1855, P., 1855, 161). L'acheteur ne peut pas intenter l'action en garantie contre le vendeur tant qu'il n'a pas été troublé. Dans les trois hypothèses citées, la règle *Contra agere non valentem non currit præscriptio* se confond avec un autre principe non moins incontestable, c'est que la prescription ne peut commencer que lorsque l'action est *née* (*actio nata*). Mais la première de ces règles est plus étendue que la seconde, tout en l'absorbant. Ainsi, par exemple, la prescription est suspendue lorsque *la loi* a suspendu le cours régulier de la justice, soit en général, soit en faveur de certains individus, ou à l'égard de certaines affaires; ou bien lorsque *la loi* a créé un obstacle à la poursuite, par exemple en défendant les communications avec les lieux où siégent les tribunaux. (Zachariæ, § 214; voy., en ce sens, Cass. fr., 20 novembre 1878 et 9 juillet 1879, D., 1879, 1, 304, et 343 et les notes.)

2001. D'après le droit romain, il faut que ce soit un empêchement *de droit* qni s'oppose à ce que l'on puisse agir ; mais le droit canon admet aussi comme causes de suspension de la

Digitized by Google

prescription des impossibilités *de fait*, par exemple la guerre, un schisme (c. 13, C. 16, qu. 3; c. 10, 14, X, *De præscript.*, 2, 26). La jurisprudence française s'est prononcée dans le même sens. (Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. I, § 7, art. 2; *Questions de droit*, qu. 10; avis du conseil d'Etat, 25 janvier 1814; Troplong, nos 727-730.)

2001 *bis*. En **France**, deux décrets en date des 9 septembre et 3 octobre 1870 ont suspendu le cours de la prescription et des délais pendant la durée de la guerre sous certaines conditions. Le décret du 9 septembre porte :

« Art. 1er. Toutes prescriptions et péremptions en matière civile, tous les délais impartis pour attaquer ou signifier les décisions des tribunaux judiciaires ou administratifs, sont suspendus pendant la durée de la guerre : 1° au profit de ceux qui résident dans un département investi ou occupé par l'ennemi, alors même que l'occupation ne s'étendrait pas à tout le département; 2° au profit de ceux dont l'action doit être exercée dans ce même département contre des personnes qui y résident.

« Art. 2. A dater de la cessation de l'occupation, un nouveau délai égal au délai ordinaire courra au profit des personnes qui se trouveront dans le cas de l'article précédent. »

Le décret du 3 octobre suivant déclare cette suspension applicable aux inscriptions hypothécaires, à leur renouvellement, aux transcriptions et généralement à tous les actes qui, d'après la loi, doivent être accomplis dans un délai déterminé.

L'article 2 explique la portée de l'article 2 du décret du 9 septembre en ordonnant que la prorogation du délai dont cet article parle ne s'applique qu'aux différents actes de recours devant les tribunaux judiciaires ou administratifs; que, quant aux autres actes, il est accordé, à dater de la cessation de la guerre, un délai égal à celui qui restait à courir au moment où elle a été déclarée.

L'article 3 étend ce décret à tous les départements de la France. Les deux décrets s'appliquent aussi à l'Algérie et aux colonies, mais seulement pour les actes qui doivent être faits en France, et réciproquement.

La loi des 26 mai-1er juin 1871 ordonne que toutes prescriptions et péremptions en matière civile, tous délais impartis pour

Digitized by Google

signifier les décisions des tribunaux judiciaires et administratifs suspendus pendant la durée de la guerre par les décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870 recommenceront à courir le onzième jour après celui de la promulgation de la présente loi.

2002. Suivant la loi 8 *in fine*, C., *Qui bonis cedere possunt*, 7, 70, la prescription ne court pas en faveur d'un débiteur qui a obtenu un sursis de payement (*moratorium*) pendant toute la durée du sursis.

Aujourd'hui la prescription court en sa faveur; car le sursis ne suspend pas le cours des actions intentées ni l'exercice d'actions nouvelles contre le débiteur, mais il suspend seulement les voies d'exécution contre lui (code de commerce, loi du 18 avril 1851, art. 604).

2003. La règle *Contra agere non valentem non currit præscriptio* s'applique-t-elle aussi à l'usucapion ? En d'autres termes, peut-on usucaper contre celui qui ne peut pas poursuivre son droit?

En droit romain, le tiers acquéreur d'une chose léguée sous une condition ne pouvait pas en commencer l'usucapion avant l'accomplissement de la condition, et la dot de la femme ne pouvait pas être usucapée pendant le mariage. (L. 3, § 3. C., *Comm. de legatis*, 6, 43; L. 7, § 4, C., *De præscriptione*, 30 *v.* 40 *annorum*, 7, 39 ; L. 30 *in fine*, C., *De jure dotium*, 5, 12.) Ces décisions sont certainement des applications de la règle dont nous parlons. Elle ne fut pas toujours suivie dans l'ancienne jurisprudence française. Elle trouvait des contradicteurs parmi les jurisconsultes, qui partaient du point de vue qu'il fallait donner de la sécurité aux tiers détenteurs.

Les principales applications sont celles-ci : Je suis légataire conditionnel d'un immeuble; l'héritier l'a vendu avant l'accomplissement de la condition. L'acquéreur ignore le legs, peut-il usucaper ? Ou bien celui qui a acquis sous condition résolutoire a aliéné le fonds *pendente conditione;* ou le donataire avec la clause de retour (art. 951, 952), ou le donataire dont la donation a été révoquée pour survenance d'enfants, a aliéné les biens donnés. Dans tous ces cas, le tiers acquéreur peut-il usucaper? La question est encore controversée.

Les jurisconsultes qui admettent l'usucapion au profit du tiers

Digitized by Google

détenteur s'appuient : 1° sur l'esprit du code qui tend à dégager les immeubles entre les mains des tiers; 2° sur ce que la prescription est de règle, et que cette exception de la règle n'est pas dans la loi; 3° sur ce que l'article 2257 ne parle que de *créances*, qu'une interpellation contre le *débiteur* conditionnel ou à terme serait sans objet, parce que le débiteur ne peut ignorer les modalités sous lesquelles son obligation a été contractée, et que le débiteur, ne pouvant être présumé s'être libéré avant l'avénement de la condition ou du terme, ne doit pas être admis à faire remonter le cours de la prescription à une époque antérieure; 4° sur ce que la prescription acquisitive se fonde sur la possession, que la prescription commence donc en faveur du tiers, dès qu'il possède; 5° sur ce que la règle *Contra agere non valentem*, etc., ne peut pas être opposée, parce que le propriétaire conditionnel peut exercer tous les actes conservatoires de son droit (art. 1180). Mais, précisément parce qu'ils admettent la possibilité d'une interpellation, les partisans de cette opinion n'admettent pas l'usucapion au profit du tiers détenteur, dans tous les cas où il *est certain* que celui contre lequel court l'usucapion ne peut agir. Par exemple, lorsqu'il s'agit de faire réduire une donation comme excédant la portion disponible, ou d'obliger un donataire au rapport, l'action a lieu contre les tiers détenteurs (art. 864, 930), et dans ces cas, les tiers détenteurs ne pourront opposer la prescription que depuis l'ouverture de la succession. Avant l'ouverture, les héritiers présomptifs ne peuvent agir en aucune manière, pas même conservatoirement. (Troplong, n° 800; Laurent, t. XXXII, n° 25-28; Pau, 22 novembre 1856, D., 1857, 2, 61; Toulouse, 13 févr. 1858, sous cass., 28 août 1860, D., 1860, 1, 355 et la note.)

Ces raisons ne nous paraissent pas suffisantes. Dans tous les cas dont il s'agit ici, l'usucapion ne court pas au profit du tiers acquéreur. Car : 1° l'esprit du code a une tendance beaucoup plus prononcée à admettre des actions contre le tiers acquéreur que le droit romain, témoin les articles 1664, 1681; et déjà d'après le droit romain l'usucapion n'avait pas lieu en faveur du tiers si le propriétaire ne pouvait agir; 2° la prescription est de règle, mais l'exception aussi est de règle lorsqu'elle est fondée sur un *principe établi par le code*, quand même ce principe ne

Digitized by Google

serait *énoncé* qu'à l'occasion de quelques applications ; 3° dire que celui *qui a un droit conditionnel peut exercer* des actes conservatoires est une pétition de principe. Cette thèse ne se trouve nulle part établie d'une manière générale par nos lois. Quelques auteurs l'affirment, pour en induire que le propriétaire conditionnel ne se trouve pas dans l'impossibilité d'agir contre le tiers détenteur, et que, par conséquent, ce dernier doit pouvoir prescrire. L'article 1180 ne donne le droit d'exercer des actes conservatoires qu'au *créancier* conditionnel. Et que dire de ceux qui n'ont pas même un droit conditionnel, mais un droit *éventuel?* Ils n'ont encore aucun droit ; ils ne peuvent donc pas agir, pas plus que les héritiers présomptifs. (Cass. fr., 28 janv. 1862, D., 1862, 1, 89; Agen, 19 juill. 1862, D., 1862, 2, 122 et la note.)

Les partisans de l'opinion contraire perdent de vue que le propriétaire *conditionnel* ou *éventuel* n'a aucun *moyen légal* de connaître seulement l'aliénation faite au profit d'un tiers. Il peut l'ignorer, et comment agira-t-il alors conservatoirement ? Par ces motifs, il faut admettre, d'une manière générale, que la règle *Contra agere non valentem non currit præscriptio* s'applique aussi à l'usucapion. Ce principe trouve sa confirmation dans l'article 966 du code civil, qui en contient une application.

Ajoutons enfin que, toutes les fois que le droit positif n'offre pas d'éléments suffisants pour décider une question, il faut recourir aux maximes du droit naturel, comme à un interprète subsidiaire des lois. Or, la prescription a été introduite contre le droit naturel pour des raisons de haute utilité. Dans le doute, il faut donc interpréter *contre* la prescription ; et même, la prescription admise *en principe,* il est contraire au droit naturel qu'elle puisse s'accomplir contre celui qui ne peut pas agir.

SECTION III.

DES EFFETS DE LA PRESCRIPTION.

2004. La principale question est celle de savoir si la prescription anéantit le *droit même* de celui contre qui elle a lieu, ou bien si elle fait seulement périmer l'*action*. Cette question, controversée parmi les commentateurs du droit romain, divise encore les jurisconsultes français. Il faut distinguer :

Digitized by Google

1. Quant à l'*usucapion*, celui qui a possédé de bonne foi et en vertu d'un juste titre un immeuble pendant dix ou vingt ans, ou bien sans titre, mais de bonne foi, pendant trente ans, en a acquis propriété d'une manière absolue et à l'égard de tout le monde. Il a une *exception* pour repousser l'action revendicatoire, et une *action* à l'effet de revendiquer l'immeuble contre tout détenteur, même contre l'ancien propriétaire. Cela n'est pas contesté.

Mais celui qui a possédé pendant trente ans *sans titre ni bonne foi* a-t-il le même droit? D'après les lois romaines, il n'acquérait pas la *propriété*, mais seulement une exception contre l'action revendicatoire de l'ancien propriétaire (*Suprà*, n° 1964). Toutefois l'ancienne jurisprudence française ne partageait pas cette manière de voir: elle a toujours considéré la possession de trente ans, même sans bonne foi, comme un *moyen d'acquérir*. (Voy. Loysel, *Institutes coutumières*, la note sous n° 730; Troplong, n° 23, et les auteurs qui y sont cités.)

Le code a suivi cette jurisprudence. Dans les articles 712 et 2219, il définit la prescription un moyen d'acquérir la propriété, sans distinguer entre la possession de bonne foi et celle de mauvaise foi.

2005. 2. Quant à la *prescription extinctive*, la question est plus douteuse. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs n° 1 (Locré, p. 559), et beaucoup d'autres jurisconsultes sont d'avis que la prescription n'est qu'une fin de non-recevoir contre l'*action*, mais qu'elle n'éteint pas l'*obligation naturelle*. (Pothier, *Obligations*, n°s 196, 642, 666; Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, § 2, n° 7; Zachariæ, § 775.)

Suivant Troplong, n°s 29-33, la prescription anéantit aussi l'obligation naturelle. (Voy. en ce sens Laurent, t. XXXII, n° 205.)

La question ne présente plus le même intérêt qu'autrefois. Car, d'après le code, une obligation naturelle ne peut pas produire des effets *contre la volonté* de celui qui est obligé (t. III, n° 159), tandis qu'il en était autrement en droit romain. (Maynz, § 193.) Mais il ne faut pas en conclure qu'elle soit destituée de tout intérêt pratique. Ainsi, si l'obligation naturelle subsiste, elle peut être valablement payée, cautionnée, hypothéquée, reconnue et servir de base à la novation; de plus, la renonciation à la pres-

Digitized by Google

cription ne doit pas être considérée comme une *libéralité,* tandis que la renonciation à un autre mode d'extinction, par exemple au payement, serait une véritable libéralité.

2006. Les partisans de l'extinction de l'obligation naturelle invoquent particulièrement les termes des articles 2219 : *moyen de se libérer*, et 1234 : *les obligations s'éteignent par la prescription.* Mais ces expressions ne sont pas décisives ; on peut les rapporter seulement à l'obligation civile, et certes le législateur ne les a pas choisies dans l'intention de décider la question qui nous occupe. Nous croyons plutôt, et plusieurs dispositions de ce titre le confirment, que les auteurs du code ont suivi l'idée de Pothier. C'est ce qui explique pourquoi le juge ne peut pas *suppléer d'office* le moyen résultant de la prescription. Supposons que le défendeur fasse défaut ; le juge peut adjuger au demandeur ses conclusions si elles se trouvent *justes* et *bien vérifiées* (code de procédure civile, art. 150). Il peut donc les rejeter s'il a la preuve que la dette demandée a été *payée,* mais il ne peut pas les rejeter si la demande est *prescrite.* Pourquoi? Parce que, nonobstant la prescription, le demandeur a encore un *droit.*

2007. Comme nous venons de le dire, les juges ne peuvent pas suppléer d'*office* la prescription. Cette règle s'applique aussi à la prescription quinquennale de l'article 2277 (Cass. belge, 15 mars 1877, P., 1877, 281, et *contrà* Amiens, 14 juin 1871, D., 1872, 2, 58), mais elle n'est pas applicable en matière criminelle. (Cass. fr., 28 janvier 1843.)

La prescription peut être opposée *par les parties* en tout état de cause, même devant la cour d'appel, à moins que la partie qui ne l'aurait pas opposée ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé (art. 2223, 2224). « Le silence à cet égard pendant une partie du procès peut avoir été déterminé par l'opinion que les autres moyens étaient suffisants, et le droit acquis par la prescription n'en conserve pas moins sa force, jusqu'à ce que l'autorité de la chose jugée ait irrévocablement fixé le sort des parties. » (Exposé des motifs, n° 3, Locré, p. 562 ; Bruxelles, 29 juin 1863, P., 1864, 329.) La loi ne veut pas forcer le débiteur à proposer dès le début du procès un moyen qui répugne peut-être à sa conscience, et qui ne le dégage pas de son obligation d'après le droit naturel. Mais la prescription ne

Digitized by Google

peut être invoquée, pour la première fois, en cassation. (Cass. B., 18 janvier 1872. P., 1872, 332; Laurent, t. XXXII, n° 179.)

Mais quels que puissent être, sous ce rapport, les scrupules de sa conscience, il n'appartient pas au débiteur de les apaiser aux *dépens d'autrui*. C'est pourquoi ses créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce (art. 2225). C'est une application du principe général de l'article 1166 (t. III, n°s 81-85).

SECTION IV.

DE LA RENONCIATION A LA PRESCRIPTION (art. 2220-2222).

2008. On ne peut, *d'avance*, renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise, pourvu que celui qui y renonce ait la capacité d'aliéner (art. 2220, 2222). (Paris, 13 avril 1867, D., 1867, 2, 49).

La défense de renoncer d'avance à la prescription est fondée sur des raisons d'ordre et d'utilité publics. La prescription a pour but d'éviter l'incertitude des droits. Il ne doit pas dépendre des particuliers de créer cette incertitude; autrement la prescription ne serait plus, pour maintenir la paix publique, qu'un moyen illusoire; car tous ceux au profit desquels seraient les engagements ne manqueraient pas d'exiger cette renonciation, elle deviendrait de style. (Exposé des motifs, n° 1, Locré, p. 561).[1]

Mais la renonciation anticipée à la prescription peut être efficace en ce sens qu'elle peut renfermer une *reconnaissance* qui interrompt le cours de la prescription (*suprà*, n° 1986).

2009. La renonciation à la prescription est *expresse* ou *tacite* : la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis (art. 2221).

La question de savoir s'il y a *renonciation tacite* est une question de fait. On peut admettre les règles suivantes :

1° Celui qui a proposé une exception de nullité ou de rescision, ou qui d'abord a prétendu s'être libéré de son obligation, n'est pas présumé avoir renoncé à la prescription (arg. article 2224, *suprà*, n° 2007); 2° celui qui, sans contester l'exis-

Digitized by Google

tence de la dette, s'est borné à en discuter la quotité ou à demander des délais, doit être présumé avoir renoncé à la prescription; 3° celui qui demande l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat synallagmatique n'est pas censé renoncer au droit d'opposer la prescription de l'obligation corrélative que ce contrat lui impose; 4° la notification faite par le tiers détenteur, conformément aux articles 110-113 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 (*suprà*, n° 1933), pour arriver à la purge de l'immeuble par lui acquis, n'emporte pas nécessairement de sa part renonciation au droit de se prévaloir de la prescription contre les créanciers inscrits auxquels cette notification a été adressée. Cette dernière question est controversée.

CHAPITRE III.

DE L'USUCAPION.

2010. Il faut distinguer deux espèces d'usucapion : celle qui s'accomplit par l'espace de *trente* ans, appelée aussi l'usucapion *extraordinaire* (*præscriptio longissimi temporis*), et celle qui s'accomplit par *dix* ou *vingt* ans, appelée usucapion *ordinaire* (*usucapio* ou *longi temporis præscriptio*).

Pour que l'usucapion, soit ordinaire, soit extraordinaire, puisse avoir lieu, il faut, outre les conditions exposées *suprà*, n°s 1967-2003, encore la réunion de trois conditions, savoir : 1° une *chose susceptible d'être usucapée*; 2° la *possession*, et 3° le *temps* requis par la loi. Pour s'accomplir par dix ou vingt ans, l'usucapion doit, *en outre*, être soutenue par un *juste titre* et par la *bonne foi*.

Nous traiterons d'abord des conditions générales requises pour *toute usucapion*, et puis, spécialement de l'usucapion de trente ans et de celle de dix ou vingt ans.

Digitized by Google

SECTION PREMIÈRE.

CONDITIONS REQUISES POUR TOUTE USUCAPION.

I. UNE CHOSE SUSCEPTIBLE D'ÊTRE USUCAPÉE.

2011. Pour que l'usucapion soit possible, il faut une chose *susceptible d'être* usucapée (*res habilis*), c'est-à-dire un immeuble corporel, ou une servitude personnelle sur un immeuble (l'usufruit, l'usage, l'habitation), ou une servitude réelle apparente et continue (art. 690, 691). Pour être susceptible d'usucapion, il faut 1° que la chose soit *dans le commerce;* 2° qu'elle ne soit pas *frappée d'inaliénabilité;* 3° que l'usucapion ne soit pas défendue par une disposition spéciale de la loi.

2012. 1° Les choses hors le commerce sont celles qui ne sont pas susceptibles d'être la propriété des particuliers; ce sont donc d'abord les choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tout le monde, par exemple la mer, l'eau des rivières (art. 714). Ce sont ensuite les choses dépendant du domaine public, c'est-à-dire de l'État, des provinces et des communes, et qui sont destinées à l'usage commun des citoyens. Tels sont les chemins, routes et rues à la charge de l'État, des provinces ou des communes (Brux., 25 octobre 1851, P., 1853, 240), les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses (art. 538, 540). On ne peut pas non plus acquérir des servitudes sur les choses dépendant du domaine public.

Ces choses ne sont pas irrévocablement placées hors le commerce, donc soustraites à l'usucapion; elles n'en sont exclues que pendant la durée de leur destination, et elles peuvent être usucapées dès que cette destination est légalement changée. Alors elles entrent dans la catégorie de la propriété *privée* de l'État, des provinces ou des communes, que les particuliers peuvent acquérir par usucapion ou autrement (art. 541, 2227). (Bordeaux, 14 juin 1877, D., 1879, 2, 56.)

Digitized by Google

2013. 2° Les biens *dotaux* ne sont pas susceptibles d'usucapion parce qu'ils sont déclarés *inaliénables;* mais ils ne sont pas hors le commerce ; ils sont inaliénables seulement pendant la durée du mariage (art. 1558-1561 ; t. III, nos 898-900).

3° Par suite d'une disposition spéciale de la loi, les servitudes discontinues *ou* non apparentes ne peuvent pas être acquises par usucapion (art. 691).

II. DE LA POSSESSION (art. 2228-2241).

2014. Pour la prescription extinctive, il suffit, en général, de l'inaction de celui auquel un droit appartient ; l'usucapion exige de plus le fait *positif* de la *possession ou de l'exercice du droit* que l'on veut acquérir.

La *possession* est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom (art. 2228).

L'étendue de l'usucapion est déterminée par les limites de la possession : *Tantum præscriptum quantum possessum*. Il s'ensuit : 1° que la possession doit porter sur un objet déterminé d'une manière certaine; ainsi, par exemple, la possession résultant des usurpations que les voisins commettent souvent sur leurs propriétés contiguës, lors du labourage, ne peut servir de fondement à l'usucapion ; 2° que celui qui invoque l'usucapion doit prouver des faits possessoires qui embrassent la jouissance pleine et entière du droit qu'il prétend avoir acquis. Il n'est pas nécessaire d'avoir posé ces faits personnellement (art. 2228; C. de proc., art. 23).

2015. Pour pouvoir conduire à l'usucapion, il faut une possession à titre de propriétaire, paisible, publique, continue et non interrompue, et non équivoque (art. 2229).

2016. 1° La possession doit être *à titre de propriétaire* (*animo domini*) ou *exclusive de précarité*. Elle est à titre de propriétaire lorsque le possesseur détient la chose ou exerce le droit avec la volonté de l'avoir *pour lui-même* et comme une chose lui appartenante. Le code entend par possession *précaire* ou *à titre précaire* la possession de celui qui, ne détenant une chose qu'en vertu

Digitized by Google

d'un titre ou d'une qualité qui l'oblige à la restituer, ou qui, n'exerçant une servitude qu'à la faveur d'une simple tolérance, est légalement réputé n'avoir pas la volonté de posséder pour lui et d'exercer son propre droit, par exemple le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, le commodataire, le mandataire, l'administrateur d'une chose d'autrui (art. 2229, 2236). Le code donne à ce terme un sens plus étendu que le droit romain. (Maynz, *Cours de droit romain*, §§ 81, 84, 90, III; Brux., 12 juill. 1859, P. 1859, 368; Cass. fr. 19 déc. 1866, D., 1867, 1,440 et 14 nov. 1871, D., 1871, 1,345.) Par application de cette règle, l'usager ne peut pas acquérir par prescription la propriété du fonds sur lequel il exerce son droit d'usage. (Cass. fr., 18 juin 1851.)

2017. Quand on a commencé à posséder à titre précaire ou pour autrui, on est toujours présumé continuer de posséder au même titre (art. 2231), et l'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession (art. 2240). *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Ainsi, le fermier, l'emphytéote, l'usufruitier, le créancier antichrésiste, le dépositaire, le séquestre, l'administrateur d'une chose d'autrui, etc., ne peuvent jamais prescrire *la propriété* ou usucaper la chose qu'ils ont possédée. Il s'ensuit donc que l'ancien propriétaire ne cesse pas d'en *avoir la propriété*. Mais pourra-t-il toujours faire valoir son droit, et de quelle manière? Il faut distinguer :

A. Le plus souvent celui qui possède à titre précaire, dans le sens du code, possède en vertu d'une convention qui lui impose l'*obligation de restituer* (par exemple le locataire) et d'autres obligations accessoires encore. Le propriétaire a donc contre le possesseur une double action : l'action personnelle *ex contractu*, et l'action réelle en *revendication*, lorsque le titre en vertu duquel le possesseur a détenu la chose viendra à cesser. Supposons que cette cessation ait eu lieu il y a plus de trente ans. Le propriétaire *revendique* sa chose qui existe encore entre les mains du possesseur précaire. Celui-ci peut-il opposer la prescription *extinctive* trentenaire de l'action revendicatoire, en vertu de l'article 2262? En droit romain, oui; mais le propriétaire ne perdait pas son *droit* de propriété; son *action* était simplement paralysée. Les jurisconsultes français, en grande partie, enseignèrent que, dans ce cas, l'action revendicatoire était imprescriptible, et que

Digitized by Google

le *possesseur* lui-même ne pouvait pas opposer la prescription, laquelle pourrait cependant être opposée par le tiers acquéreur. Cette opinion est adoptée par le code (art. 2240). (Troplong, n° 478.) Mais l'impossibilité de prescrire n'existe que lorsque le propriétaire intente l'action *revendicatoire*.

B. L'action intentée contre le possesseur a une nature purement *personnelle;* par exemple le propriétaire agit contre le locataire du chef de dégradations; elle se prescrit par trente ans. Ou bien la chose a péri par la faute du détenteur, ou elle a été aliénée à un tiers; le propriétaire ne peut plus la revendiquer; il n'a qu'une action *personnelle en restitution* ou en dommages-intérêts contre l'ancien possesseur. Ce dernier est libéré par trente ans (art. 2241). (Laurent, t. XXXII, n° 310.)

2018. La règle de l'article 2240, portant que l'on ne peut pas prescrire *contre son titre*, ne s'oppose pas à ce que l'on puisse usucaper *au delà* de son titre; par exemple, si un copropriétaire ou un cohéritier possède pendant trente ans comme propriétaire exclusif toute la chose ou toute la succession, il peut l'usucaper et repousser l'action revendicatoire de son copropriétaire.

2019. Les personnes qui ont possédé à titre précaire peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve *interverti*, c'est-à-dire si elles viennent à posséder à titre de propriétaire, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire (art. 2238). Par *cause venant d'un tiers*, on entend un titre de propriété onéreux ou gratuit donné au possesseur par une tierce personne. Un titre de cette nature opère interversion de possession, sans qu'il soit nécessaire de le notifier à celui au nom duquel le possesseur détenait la chose. Par exemple, la chose que j'ai détenue à titre de locataire m'a été vendue par un tiers qui prétendait en être propriétaire; ou bien j'ai succédé à un tiers qui prétendait en être propriétaire. Je puis commencer à prescrire en vertu de la nouvelle possession que j'ai commencée pour moi-même en qualité d'acheteur ou de successeur. (Laurent, t. XXXII, n° 316.)

Le titre de la possession peut être interverti par celui même pour lequel le détenteur possédait à titre précaire; par exemple, j'ai loué une ferme; le bailleur lui-même me la vend; dès lors je commence à posséder pour moi.

Digitized by Google

L'interversion a lieu par contradiction, par exemple dans le cas où le fermier, assigné en payement des fermages, répond au bailleur qu'il ne veut plus payer de fermages parce qu'il prétend que les terres qu'il a jusqu'alors tenues en location lui appartiennent. Si le bailleur ne fait plus aucune poursuite, le locataire commence à posséder pour lui-même à partir du moment de son opposition. (Laurent, t. XXXII, n° 323.)

2020. Quant aux *successeurs* du possesseur à titre précaire, il faut distinguer :

A. Ses *héritiers* et autres *successeurs à titre universel* ne peuvent pas usucaper; car continuant la personne de leur auteur ou étant considérés comme s'ils la continuaient, ils n'ont pas plus de droit que leur auteur. Ainsi l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel du locataire ou du dépositaire ne peuvent pas usucaper la chose détenue par ce dernier (art. 2237, 724).

B. Les *successeurs à titre particulier* de celui qui possède précairement, c'est-à-dire ceux à qui ce dernier a transmis la chose par un titre translatif de propriété, peuvent l'usucaper. Car ils ne succèdent pas dans la possession et dans le titre de leur auteur; ils commencent une *nouvelle possession pour eux-mêmes* et *à titre de propriétaire* (art. 2239).

2021. Comme la possession est la manifestation extérieure du droit de propriété, la loi établit la présomption que l'on possède toujours *pour soi* et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé que l'on a commencé à posséder *pour autrui*. Mais quand on a *commencé* à posséder *pour autrui*, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire (art. 2230, 2231). (Cass. fr., 19 mars 1872, D., 1873, 5, 363.) Car nul ne peut, par sa seule volonté, ni par le seul laps de temps, se changer à soi-même la cause de sa possession; et comme la détention ne peut être à la fois pour soi et pour autrui, celui qui détient pour autrui perpétue et renouvelle à chaque instant la possession de celui pour lequel il tient, et l'on ne saurait fixer l'époque où celui pour lequel on tient serait dépossédé. (Exposé des motifs, n° 9, Locré, p. 564; Cass. fr., 14 nov. 1871, D., 1871, 1, 345.)

2022. 2° Il faut que la possession soit *paisible*, c'est-à-dire exempte de *violence* (*non vi*). Les actes de violence ne peuvent pas

Digitized by Google

fonder une possession capable d'opérer l'usucapion (art. 2233). La possession est violente lorsque le précédent possesseur ou celui qui détenait pour lui a été par force expulsé de son immeuble ou empêché d'y rentrer après en être sorti momentanément.

Mais, à la différence du droit romain, le vice de la violence peut être purgé par la continuation paisible de la possession violemment commencée. Pour que la chose puisse être usucapée, il n'est pas nécessaire qu'elle retourne au pouvoir de celui qui a été dépossédé, ni que le titre soit interverti. Lorsque la violence a *cessé*, la possession devient utile, et elle peut être défendue par des actions possessoires, si elle a paisiblement continué pendant une année (code de procédure, art. 23).

2023. 3° Il faut une possession *publique* (*non clam*, art. 2229), c'est-à-dire il faut que la possession ait pu être connue par le public et surtout par celui qui avait intérêt à l'interrompre; ainsi, par exemple, on ne pourrait pas usucaper une cave fouillée clandestinement sous une maison voisine.

2024. 4° La possession doit être *continue et non interrompue* pendant le temps requis par la loi, c'est-à-dire pendant tout ce temps le possesseur doit avoir eu l'intention de posséder la chose, bien qu'il n'ait pas besoin de la manifester continuellement par des actes extérieurs (*solo animo possessio retinetur*). Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire (*olim possessor hodie possessor præsumitur*, art. 2234). Sur l'interruption, voy. *suprà*, n°s 1979-1991.

2025. Il n'est pas nécessaire pour usucaper que l'on ait possédé *soi-même* pendant tout le temps requis. En droit français comme en droit romain, il y a une *accessio possessionis*, qui consiste en ce que, pour compléter l'usucapion, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux (art. 2235), avec les modifications indiquées *suprà*, au n° 2020, en ce qui concerne le possesseur à titre précaire.

2026. 5° La loi exige que la possession soit *non équivoque* (art. 2229). Qu'entend-on par ce terme? S'applique-t-il spéciale-

Digitized by Google

ment à une des qualités que la possession doit avoir, ou peut-il s'appliquer à chacune de ces qualités? Nous croyons que la possession doit être considérée comme équivoque lorsque les *différentes* qualités qu'elle doit réunir ne sont pas clairement établies; ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas été franchement publique ou continue, ou lorsqu'il y a doute si un copropriétaire a possédé exclusivement pour lui seul, ou pour lui et pour les autres; ou lorsque l'objet de la possession n'est pas nettement déterminé, ou lorsqu'il n'apparaît pas clairement si le détenteur a possédé pour lui-même ou pour autrui. (Troplong, n° 359.)

2027. La possession étant un fait matériel et unilatéral peut se prouver par tous les moyens de droit, donc par titres et par témoins, à quelque valeur qu'elle puisse s'élever (t. III, n° 381).

III. L'ACCOMPLISSEMENT DU TEMPS.

2028. La troisième condition requise pour *toute* usucapion, c'est l'accomplissement du temps fixé par la loi pour chaque espèce d'usucapion, conformément aux règles exposées ci-dessus, aux nos 1970-1998.

SECTION II.

DE L'USUCAPION DE TRENTE ANS.

2029. Lorsque toutes les conditions énumérées dans la section précédente sont réunies, l'usucapion s'accomplit par *trente ans*, sans que celui qui veut s'en prévaloir soit obligé de rapporter *un titre* ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la *mauvaise foi*, c'est-à-dire de la connaissance de l'injustice de sa prétention. Il ne peut pas seulement opposer au précédent propriétaire la prescription (extinctive) de son action revendicatoire, mais il a lui-même positivement acquis la propriété (article 2262, et *suprà*, n° 2004).

La loi dit qu'il n'est pas obligé de rapporter un titre; mais si l'on pouvait lui prouver qu'il avait possédé précairement, pour autrui, il ne pourrait jamais usucaper par quelque laps de temps que ce fût, ni même opposer la prescription extinctive. Ce ne serait pas prescrire ou usucaper *sans* titre, mais *contre* son titre, et c'est ce qui a fait dire aux auteurs : Mieux vaut n'avoir pas de

Digitized by Google

titre que d'en avoir un mauvais (art. 2236, 2240, et *suprà*, n° 2017).

SECTION III.

DE L'USUCAPION DE DIX ET VINGT ANS.

2030. L'usucapion peut s'accomplir par dix ou vingt ans, lorsqu'elle réunit les conditions indiquées aux n°s 2011-2028, et *qu'en outre* elle est encore soutenue 1° *par un juste titre* et 2° *par la bonne foi*.

2031. L'usucapion s'accomplit par *dix ans*, si le véritable propriétaire *habite* dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immemble est situé; et par *vingt ans*, s'il est domicilié hors dudit ressort.

Si le véritable propriétaire a eu son domicile en différents temps dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence, un nombre d'années d'absence *double* de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence (art. 2265, 2266; L. 12, C., *De præscriptione longi temporis X vel XX annorum*, 7, 33; *Novelle* 19, c. 7 et 8).

Pour déterminer le délai de la prescription, la loi considère seulement le domicile du propriétaire; l'absence ou la présence réelle du propriétaire au lieu de son domicile est sans influence sur le délai.

2032. Si le propriétaire n'a pas de domicile, l'usucapion s'accomplit-elle par dix ou par vingt ans? Quelques jurisconsultes pensent qu'il doit alors être considéré comme absent. L'article 2265 s'oppose à cette solution. Il faut dire plutôt avec Troplong, n° 867, que si le vrai propriétaire a sa *résidence* dans le ressort de la cour où l'immeuble est situé, la prescription s'accomplit par dix ans, parce qu'il ne peut pas exciper d'un domicile situé hors du ressort. Les mots de l'article 2265, *s'il habite*, confirment cette interprétation. Si le propriétaire a sa résidence habituelle *hors du ressort*, il est réputé absent.

I. DU JUSTE TITRE.

2033. Il faut que la possession ait été acquise par une juste cause ou en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire en vertu d'un acte

Digitized by Google

qui, en thèse générale et de sa nature, peut faire acquérir la propriété, quoique, dans l'espèce, il y ait un obstacle qui empêche cette acquisition. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 113, D.; L. 24, C., *De rei vindicatione*, 3, 32; L. 4, C., *De præscriptione longi temporis*, 7, 33.) Le mot *juste* s'entend de la réunion des conditions requises par la loi, et non de l'existence du droit de propriété dans la personne du transmettant; car si ce dernier était propriétaire, l'usucapion serait inutile; le titre seul donnerait la propriété à l'acquéreur. (Gand, 10 août 1855, P., 1856, 113; Cass. fr., 22 juill. 1874, D., 1875, 1, 175.) Le juste titre est exigé non seulement comme un *moyen de preuve* de la bonne foi, mais comme une condition propre et distincte de cette dernière (art. 2265).

2034. De la définition du *juste titre* il résulte que l'on ne peut pas considérer comme tels :

1° Les conventions ou dispositions qui ne sont *pas translatives de propriété*, par exemple, un bail, un mandat.

2° Les titres *nuls par défaut de forme*, c'est-à-dire les conventions et actes dans lesquels on n'a pas observé les solennités spéciales que la loi a exigées pour leur validité, par exemple un acte de donation sous seing privé, un testament nul en la forme (art. 2267, 931, 790, 1001). La nullité résultant du vice de forme peut être invoquée par le propriétaire dont le fonds a été aliéné, car l'acte qui en est entaché est non existant aux yeux de la loi.

3° Les conventions et actes qui sont prohibés quant *à leur genre*, par exemple une substitution fidéicommissaire, la vente de la succession d'une personne encore vivante (art. 896, 791, 1131, et t. III, n° 34). L'article 2267 s'applique avec autant de raison aux vices intrinsèques qu'aux vices de forme. Ainsi, un acte de partage anticipatif, fait du vivant de celui dont on a partagé les biens, ne peut servir de titre à l'usucapion. (Bruxelles, 8 décembre 1862, B. J., t. 21, 104.) La nullité qui résulte de ces espèces d'actes étant fondée sur des motifs d'ordre public peut être invoquée par tout le monde, donc aussi par le propriétaire contre lequel on veut usucaper.

2035. Les actes qui ne sont pas absolument nuls, mais seulement annulables ou rescindables, c'est-à-dire entachés d'une nul-

Digitized by Google

lité relative par suite d'un vice de consentement ou de l'incapacité personnelle (t. III, nos 261 et suiv.), peuvent former un juste titre d'usucapion. Les nullités de ce genre n'étant introduites qu'en faveur des personnes incapables ou dont le consentement n'a pas été libre, ne sauraient être invoquées par le propriétaire contre lequel l'usucapion a lieu, quand même la personne de qui le titre émane serait encore dans le délai utile pour l'attaquer par l'action en nullité ou en rescision. Car ce serait de la part du propriétaire faire valoir une exception *ex jure tertii*. Par exemple, un mineur a vendu à Pierre le fonds appartenant à Jacques; ou bien Paul, sous le coup de la violence, a vendu le fonds de Jacques à Pierre; dans l'un ou l'autre cas, Pierre l'a possédé pendant dix ans : Jacques ne peut plus le revendiquer. Les irrégularités de cette espèce ne rendent pas le *titre nul* à l'égard du propriétaire, bien qu'elles soient de nature à mettre en doute la *bonne foi* du possesseur. (Troplong, n° 906; Zacharie, § 217, note 10; Laurent, t. XXXII, n° 394.)

2036. Le titre nul par défaut de forme ne peut pas servir de base à l'usucapion lorsque la forme elle-même est un *élément substantiel* de la validité de l'acte, comme, par exemple, dans les actes portant donation. (T. III, nos 8, 5°, et 13; Cass. fr., 14 juill. 1873, D., 1874, 1, 308.)

Mais que faut-il décider si le titre est nul seulement comme *instrument de preuve*, par exemple à cause de l'incapacité d'un des témoins instrumentaires? Dans ce cas, l'acte destiné à établir l'existence du *titre* n'a aucune force probante contre le propriétaire. Si la loi permet alors au possesseur de prouver l'existence de son titre par d'autres moyens, il peut y recourir; sinon, il est censé avoir possédé sans titre (t. III, n° 321).

2037. L'acte sous seing privé, par lequel on veut prouver son titre, ne peut être opposé au propriétaire contre lequel on se prévaut de l'usucapion qu'à partir du jour où il a acquis date certaine; car ce propriétaire est un tiers à l'égard du possesseur (art. 1328; t. III, nos 333-336).

2038. Un jugement qui ordonne, sur une action revendicatoire, l'abandon ou le délaissement d'un immeuble peut-il servir de titre au revendiquant? Non, car le jugement n'est pas un titre translatif de propriété, il est déclaratif du droit de celui qui

Digitized by Google

l'obtient. Il faut donc remonter au titre primitif auquel le jugement a donné gain de cause. C'est ce titre qui est le titre d'acquisition de celui qui a gagné le procès.

Il est évident que les jugements tenant lieu de conventions ou de titres conformément à l'article 1er, n° 3, de la loi **française** du 23 mars 1855 et à l'article 1er, alinéa 2, de la loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851 (*suprà*, n° 1621), peuvent servir de titres à l'usucapion. (Laurent, t. XXXII, n° 404.)

2039. On se demande si la *transaction* est un juste titre d'usucapion? La question, posée d'une manière aussi générale, ne peut être résolue que par une distinction. La transaction est une forme générale, une convention qui peut renfermer des conventions *translatives* ou *déclaratives* de propriété. Il faut donc examiner ce que les parties *ont fait* par la transaction. Ainsi, par exemple, si la transaction renferme un véritable transfert du droit de propriété, elle peut servir de titre à l'usucapion. Mais si la transaction a seulement pour but de faire *déclarer* ou *reconnaître* un titre antérieur, ce sera le titre reconnu qui formera la base de l'usucapion. (Laurent, t. XXXII, n° 403.)

2039 *bis*. En **France**, la loi du 12 mai 1871 a déclaré que les propriétés publiques ou privées, saisies ou soustraites à Paris depuis le 18 mars 1871 sont inaliénables, et que les aliénations frappées de nullité ne pourront, pour les immeubles, servir de base à la prescription de dix ou vingt ans. (Voy. le texte de cette loi *infrà* au n° 2090.)

2040. Plusieurs questions se soulèvent au sujet du *titre conditionnel*.

Si le titre porte *en lui-même* un obstacle à son efficacité, il ne peut pas servir à l'usucapion; par exemple lorsque l'effet de l'acte dépend de l'accomplissement d'une condition suspensive, il ne peut pas servir à l'usucapion, tant que la condition ne s'est pas accomplie. Si l'acte translatif de propriété a été consenti sous une condition résolutoire, l'usucapion a lieu, sauf résolution en cas d'accomplissement de la condition. Toutefois ce n'est pas le tiers propriétaire de la chose possédée qui peut avoir le droit de demander la résiliation de l'acte, mais seulement le contractant qui a stipulé la condition résolutoire.

2041. Appliquons ces principes.

Digitized by Google

1° Lorsque j'ai acquis un immeuble sous une condition *suspensive*, que j'ai été mis en possession et que la condition ne s'est accomplie que plus de dix ans après mon entrée en possession, je ne puis pas opposer l'usucapion à celui qui me l'a transmis conditionnellement; abstraction faite de la nature du titre, le transmettant pourrait exciper de ma mauvaise foi.

2° Le raisonnement est le même si la condition est *résolutoire*. Malgré mes dix années de possession, le transmettant rentrerait dans sa propriété.

3° J'ai acheté une chose sur laquelle un tiers avait un droit dépendant d'une condition suspensive ou résolutoire; si j'ai connu ce droit, ma mauvaise foi s'oppose à mon usucapion contre le tiers; si je l'ai ignoré, je puis usucaper en principe, à moins que mon usucapion n'ait été suspendue par la règle *Contra agere non valentem non currit præscriptio*. (*Suprà*, n° 2003; Bruxelles, 18 décembre 1851, B. J., t. 10, 77; P., 1852, 72.) Toutefois cette règle est modifiée en Belgique par l'article 108 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, dans le cas où l'action résolutoire est fondée sur le non-payement du prix de la vente; alors elle suit le sort du privilége du vendeur (*suprà*, n° 1919).

2042. 4° On a acquis sous une condition la chose d'autrui; peut-on l'usucaper contre le propriétaire? Par exemple, Pierre possède un immeuble appartenant à Paul. Il donne cet immeuble en dot à sa fille, laquelle ignore qu'il appartient à autrui, mais sous la condition résolutoire que Pierre en redeviendra propriétaire dans le cas où le mariage serait dissous sans enfant. Le mariage a duré plus de dix ans. Il faut distinguer deux hypothèses :

A. Le mariage s'est dissous *avec* enfants. Paul peut-il revendiquer l'immeuble? Non, car l'usucapion s'est accomplie au profit de la femme; elle a eu un juste titre, et elle peut opposer à Paul la possession décennale. Ce dernier ne peut invoquer la condition résolutoire, d'abord parce que ce n'est pas lui qui l'a stipulée et qu'elle est à son égard *res inter tertios acta*, et puis, s'il pouvait l'invoquer, elle ne serait pas accomplie.

B. Le mariage s'est dissous *sans* enfant. Pierre peut répéter la dot, et la femme ne peut pas lui opposer l'usucapion; car la répétition a lieu en vertu d'un droit contractuellement stipulé; ce

Digitized by Google

droit ne serait prescrit que par trente ans à partir du jour de la dissolution du mariage.

Si Pierre était alors rentré en possession de cet immeuble, le propriétaire pourrait-il revendiquer contre lui? Distinguez :

a. Si Pierre avait possédé *contre* son titre; oui, toujours (*suprà*, n° 2018).

b. S'il avait possédé pendant plus de trente ans, sans titre, l'action revendicatoire serait prescrite; Pierre aurait usucapé. La possession intermédiaire de sa fille n'a pas interrompu l'usucapion, parce qu'elle est censée non avenue par l'arrivée de la condition résolutoire.

c. S'il n'y avait pas encore trente ans depuis le commencement de sa possession sans titre, il ne pourrait opposer à l'action revendicatoire ni la prescription, ni l'usucapion, ni l'usucapion de sa fille. Car il a possédé sans titre. Il ne peut pas invoquer l'usucapion qui s'est accomplie entre les mains de sa fille. Les droits de Pierre sont les mêmes que ceux qu'il avait sur l'immeuble avant de l'avoir constitué en dot. Il n'est pas *successeur* de sa fille et n'a pas acquis le fonds en vertu d'un *titre nouveau*.

La condition résolutoire et son effet rétroactif ont remis les choses dans l'état où elles étaient avant la constitution de dot. Pierre est donc censé avoir toujours possédé l'immeuble sans titre.

Mais si, dans l'hypothèse que le mariage aurait été dissous avec enfant, Pierre avait acquis le même immeuble en vertu d'un *titre nouveau* de sa fille, après qu'elle l'aurait possédé pendant plus de dix ans, il serait à l'abri de toute revendication de la part du propriétaire, parce qu'alors il aurait acquis une véritable *propriété*.

2043. Peut-on usucaper en vertu d'un titre putatif, c'est-à-dire lorsque le titre que l'on invoque ne se rapporte pas à l'objet de la possession, ou lorsqu'on *croit* avoir un titre sans l'avoir réellement? La question était controversée parmi les anciens jurisconsultes. Pothier était pour l'affirmative, d'Argentré pour la négative. D'après le code, il faut la décider négativement. (Zachariæ, § 217; Troplong, n°s 888-889; Laurent, t. XXXII, n° 399; Bruxelles, 23 novembre 1857, P., 1858, 226.)

Motifs : le code exige formellement, pour usucaper, la réu-

Digitized by Google

nion *de deux* conditions : de la *bonne foi* et du *juste titre* (articles 2265, 2267, 2268). L'opinion contraire conduit au résultat que la *croyance à un juste titre*, c'est-à-dire la *bonne foi seule* sans titre, suffit pour usucaper. La bonne foi est un fait *intérieur*, dont rien ne peut *prouver* l'existence ; elle est présumée jusqu'à preuve contraire (art. 2268). Comment pourrait-on justifier le législateur de *présumer* le possesseur d'une chose d'*autrui* de bonne foi (car il est plus naturel de le présumer de mauvaise foi), si cette bonne foi ne doit pas reposer sur un fait *patent* et *prouvé*, c'est-à-dire sur un juste titre? Si le juste titre n'existait pas, pourrait-on *présumer* que le possesseur aurait de bonne foi l'*opinion qu'il possède un titre?* Et si cette dernière présomption était admise, l'adversaire devrait prouver la mauvaise foi, ce qui serait le plus souvent très difficile. Ce serait en même temps une grande injustice que d'attacher la présomption de bonne foi à *toute possession quelconque*, même à celle sans titre. Si l'on ne veut pas admettre la présomption que celui qui possède sans titre a la conviction d'en avoir un, on doit en exiger la preuve, et cela nous conduit précisément à la théorie du code, consistant à dire qu'il *faut* un juste titre réel, afin que l'on puisse présumer la bonne foi.

2044. De là il résulte : 1° que celui qui se *croit* héritier ne peut pas usucaper les biens de la succession ; 2° que celui qui se croit héritier sans l'être, et qui trouve dans la succession un immeuble d'autrui, ne peut pas l'usucaper ; 3° que celui qui a reçu un legs dans l'opinion qu'il y avait un testament, ou en vertu d'un testament nul, ne peut pas usucaper la chose léguée; 4° que celui qui possède un fonds qu'il croit avoir été acheté par son mandataire, ne peut pas l'usucaper ; 5° que celui qui a reçu une chose pour une autre qu'il avait acquise, ne peut pas usucaper la première, car il faut que le titre s'applique en réalité à l'objet de la possession ; 6° que celui qui a reçu un legs en vertu d'un testament qui a été plus tard révoqué par un autre testament, ne peut pas usucaper la chose.

Dans tous ces cas, il n'y a pas un titre *réel*, mais seulement un titre *putatif*. La bonne foi de celui qui a possédé en vertu d'un titre putatif suffit pour lui faire acquérir les fruits, mais non pas pour conduire à l'usucapion (art. 549, 550).

2045. L'usucapion fondée sur un juste titre ne court qu'à

Digitized by Google

partir du moment de la prise de possession, et non à partir de la *date* du titre; car, pour usucaper, il faut posséder.

Mais en **France**, d'après la loi du 23 mars 1855, et en **Belgique**, d'après la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, faut-il la *transcription* du titre translatif de propriété pour que l'usucapion puisse commencer à courir? Nous ne le pensons pas. L'article 1er de cette loi ne parle que des actes translatifs de propriété émanés du véritable propriétaire, et de leur effet à l'égard *des tiers*, c'est-à-dire d'autres personnes avec lesquelles le propriétaire a *contracté*.

Au surplus, quelle serait l'utilité de cette transcription? Le véritable propriétaire ne peut jamais ignorer qu'il n'est pas possesseur du fonds dont le tiers a commencé l'usucapion, d'autant moins que, pour pouvoir conduire à l'usucapion, la possession doit être *publique* et non équivoque. (Voy. Bruxelles, 21 janvier 1834, P., 1834, 22; Cass. fr., 16 juin 1869, D., 1869, 1, 478. En sens *contraire* : Cass. fr., 26 janvier 1876, D., 1876, 1, 169; Laurent, t. XXXII, n° 395.)

II. DE LA BONNE FOI.

2046. L'acquéreur est de bonne foi lorsqu'il a la conviction d'avoir *réellement acquis* le droit qui lui a été transmis par son titre. Il doit donc ignorer qu'un autre que le transmettant avait ce droit de propriété ou de servitude. Ainsi, si le possesseur avait connaissance d'actes qui attestent, de la part du véritable propriétaire, l'intention d'exercer ses droits, il n'était pas de bonne foi. (Cass. fr., 8 août 1870, D., 1872, 1, 17.) Il suffit que la bonne foi existe au moment de l'*acquisition*; il n'est pas nécessaire qu'elle existe encore lors de la *tradition* (art. 2269), à la différence du droit romain, qui exige la bonne foi au moment de la *tradition*, et, en cas de vente, dans les deux moments. La mauvaise foi qui survient pendant la possession n'empêche pas l'usucapion. *Mala fides superveniens non nocet* (art. 2265, 2268, 2269). Il en est autrement dans l'acquisition des fruits (article 550).

2047. La bonne foi étant un fait purement intérieur ne peut pas être prouvée; c'est pourquoi elle est toujours *présumée* lors-



qu'elle est soutenue d'un juste titre d'acquisition. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. Cette preuve peut se faire par tous les moyens de droit, même par témoins, sans commencement de preuve par écrit (art. 2268, 1348, n° 3; t. III, n° 393).

CHAPITRE VI.

DE LA PRESCRIPTION PROPREMENT DITE.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PRESCRIPTION DES ACTIONS.

I. CONDITIONS REQUISES POUR LA PRESCRIPTION.

2048. Nous avons exposé, aux n°s 1967-2003, les règles communes à l'usucapion et à la prescription. Nous expliquerons maintenant les autres conditions spéciales requises pour la *prescription* proprement dite ou extinctive.

Trois conditions sont nécessaires pour qu'elle puisse avoir lieu; il faut 1° que l'action soit prescriptible en principe; 2° qu'elle ait pris naissance (*actio nata*), et 3° que le laps de temps requis par la loi soit accompli.

A. *Il faut que l'action soit prescriptible.*

2049. Toutes les actions sont prescriptibles; c'est la règle. Elle s'applique aussi aux actions qui ont pour objet l'exercice d'une faculté établie par convention, par exemple de la faculté de bâtir sur le terrain d'autrui. Ces facultés naissent d'un contrat; on les fait valoir par une action; et toutes les actions sont prescriptibles.

Il n'en est pas de même des facultés légales ou naturelles que la loi appelle *actes de pure faculté* (art. 2232); elles sont de leur nature imprescriptibles, comme la liberté de l'homme, dont elles

Digitized by Google

sont la conséquence; par exemple l'usage que je fais de ma propriété ou la faculté d'acquérir la mitoyenneté du mur de séparation de mon voisin (art. 661). Elles ne peuvent s'éteindre par non-usage qu'autant qu'il y ait une contradiction formelle à leur exercice, et dans les cas prévus par la loi. (Paris, 4 juin 1872, D., 1874, 5, 453.)

2050. La règle de la prescriptibilité des actions souffre les exceptions suivantes :

1° Les actions revendicatoires qui résultent du droit de propriété sont imprescriptibles comme l'usage même de la propriété. Elles ne s'éteignent pas directement, par cela seul qu'elles n'ont pas été intentées dans un délai déterminé, s'il n'y a pas *usucapion*, c'est-à-dire une possession contraire de la part d'une autre personne (*suprà*, n°s 2014-2016). (Brux, 10 août 1859, P., 1860, 52; et Brux., 18 déc. 1873, P., 1873, 68 et, sur pourvoi, Cass. belge, 3 juin 1875, P., 1875, 279.) Sont imprescriptibles également : 2° les actions en partage et en bornage; 3° les actions en réclamation ou en contestation d'état (t. I, n° 564); 4° les actions en garantie. Ces dernières deviennent prescriptibles à partir du moment où le trouble a eu lieu (art. 2257, 2°); 5° les actions ayant pour objet une créance conditionnelle ou à terme, avant l'avénement de la condition ou du terme (art. 2257, alin. 1, 3; *suprà*, n° 2000). (Liége, 2 mai 1872, P., 1872, 287.)

B. *Il faut que l'action soit née.*

2051. Pour que la prescription d'une action puisse commencer à courir, il faut que cette action soit *née* (*actio nata*) : *Ex quo ab initio competit et semel nata est*, dit la loi 1, § 1, C., *De annali exceptione*, 7, 40. Cette règle est une application du principe *Contra agere non valentem non currit præscriptio* (*suprà*, n° 1999).

Pour qu'une action existe, il faut d'abord un *droit*, et ensuite que ce droit ait été *lésé* ou violé. En règle, il ne suffit donc pas qu'un droit *ait existé*, et que celui à qui il appartient ne l'ait *pas exercé* pendant tout le temps fixé pour la prescription, mais il faut aussi qu'une autre personne ait *lésé* ce droit; par exemple le propriétaire d'un fonds ne l'a pas cultivé ni possédé pendant plus de trente ans, mais personne ne s'en est emparé. Après l'expiration

Digitized by Google

des trente années, quelqu'un se met en possession de ce fonds pendant cinq ou six ans; le propriétaire le revendique. Le possesseur ne peut pas lui opposer la prescription de trente ans; car le droit du propriétaire n'a pas été lésé il y a trente ans. Ce dernier ne pouvait intenter son action tant que personne ne s'était emparé de son fonds; elle n'a pris naissance que du moment où quelqu'un s'est mis en possession de ce fonds. (Voy. n° 2050.)

2052. Le principe qu'il faut une violation du droit pour que la prescription commence à courir est simple et naturel, mais il a donné lieu à beaucoup de controverses à cause des difficultés qu'il présente dans l'application. Les auteurs confondent quelquefois l'époque à laquelle le *droit a pris naissance* avec celle à laquelle il a été *lésé*, et ils font courir la prescription depuis le moment où *le droit* même est né. Il importe de bien distinguer ces deux moments.

1. La prescription des actions *réelles* commence au moment où quelqu'un nous empêche d'exercer notre droit, c'est-à-dire lorsqu'il s'est mis en possession de la chose ou du droit qui nous appartient.

2. La prescription des actions *personnelles* commence dès que nous pouvons demander l'exécution de l'obligation, et que cette exécution est omise sans la volonté du créancier; il n'est pas nécessaire à cet effet que le débiteur ait été sommé ou mis en demeure. De là il résulte que la prescription des créances conditionnelles ou à terme ne peut commencer qu'après l'arrivée de la condition ou du terme; avant cette époque, il existe bien un droit, mais pas d'*action* (art. 2257; *suprà*, n° 2051); que la prescription de l'action en restitution des choses louées ne commence qu'à l'expiration du bail; que celle de l'action en restitution de la chose donnée en nantissement ne commence qu'à partir du moment où la dette a été payée.

C. *De l'accomplissement du temps.*

2053. Pour que la prescription soit acquise, il faut que le laps de temps fixé par la loi pour chaque action se soit écoulé sans interruption (*suprà*, n°s 1979 et suiv.). Les délais de la prescription diffèrent selon les diverses actions. Aujourd'hui, il n'y a

Digitized by Google

plus d'actions la dont prescription exige un laps de temps de *plus de trente ans*, mais il y en a beaucoup qui se prescrivent dans un délai moins long.

Dans le XXe titre, le code ne traite que de l'usucapion, de la prescription ordinaire de trente ans et de *quelques prescriptions* particulières. Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres (art. 2262, 2264); par exemple la prescription des actions en nullité et en rescision (art. 1304 et suiv.), la prescription de l'action de tutelle (art. 475), les prescriptions commerciales, etc. Mais il faut observer que les principes généraux établis par le présent titre s'appliquent aux prescriptions particulières réglées par d'autres dispositions, toutes les fois que la loi n'y a pas dérogé.

II. DES DIVERSES ESPÈCES DE PRESCRIPTION.

A. *De la prescription ordinaire de trente ans.*

2054. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de sa mauvaise foi (art. 2262). Une instance judiciaire se prescrit aussi par trente ans (Cass. fr., 6 mai 1856, D., 1856, 1, 266). Ainsi le droit d'appeler d'un jugement qui n'a pas été signifié, dure trente ans. (Paris, 18 janvier 1871, D., 1871, 2, 201 ; Laurent, t. XXXII, n° 375.)

Non seulement on n'est pas obligé de rapporter un titre libératoire quand on veut s'affranchir d'une obligation, mais on peut même prescrire *contre* son titre. Il est même juste de dire avec Demante, n° 1116, que c'est toujours *contre le titre* qui établit l'obligation que le débiteur prescrit sa libération. « On peut prescrire contre son titre, dit l'article 2241, en ce sens que l'on prescrit la *libération* de l'obligation que l'on a contractée. »

Cette disposition s'applique particulièrement à la prescription extinctive, mais le sens n'en est pas bien clair ; elle n'est pas même vraie prise à la lettre et d'une manière absolue. Autrement elle serait en contradiction avec la règle énoncée au n° 2017,

Digitized by Google

d'après laquelle on ne peut pas prescrire contre son titre. Ainsi, par exemple, le locataire contracte l'obligation de restituer la chose louée à la fin du bail; quand même il aurait cessé de payer les fermages pendant trente ans, il n'aurait pas prescrit la libération de l'obligation de restituer lachose, s'il la détenait encore.

2055. Pour bien fixer le sens de la règle qui précède, il faut établir la distinction suivante :

1° Lorsque le créancier n'a contre son débiteur qu'une action *personnelle* pour poursuivre l'exécution d'une obligation, cette action se prescrit toujours par trente ans.

2° Mais si le créancier a en même temps une action *réelle* ou *revendicatoire,* il la conserve, et ce débiteur ne peut pas en opposer la prescription; en d'autres termes, ce dernier ne peut pas se prévaloir de la prescription contre son titre, toutes les fois que cette prescription aurait pour effet de lui faire acquérir une chose qu'il avait possédée à titre précaire. Ainsi, par exemple, le locataire prescrit *contre son titre* l'obligation de payer les loyers ou des dommages-intérêts pour dégradations apportées à la chose louée, ou même l'action en payement de la *valeur* de cette chose, s'il l'a aliénée à un tiers qui l'a usucapée ; le propriétaire n'a qu'une action *personnelle* pour poursuivre son droit, dans ces cas. Mais si le locataire *possède encore* la chose louée, il ne peut jamais opposer la prescription au propriétaire; ce dernier a contre lui une action personnelle et une action réelle, et la prescription aurait pour résultat de faire acquérir la chose au locataire (*suprà,* n° 2017.)

L'article 2262 s'applique aussi à l'action *pro socio*. Ainsi est prescrite l'action de l'associé qui est resté plus de trente ans sans faire valoir ou exercer son titre ou sa qualité d'associé. (Bruxelles, 29 avril 1861, P., 1861, 295; Liége, 20 juillet 1864, P., 1865, 253; Bruxelles, 6 août 1868, P., 1870, 287).

2056. Après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir, à ses frais, *un titre nouvel* à son créancier ou à ses ayants cause (art. 2263). Cette disposition est conforme à la jurisprudence de la plupart des anciens tribunaux. (Observations du Tribunat, n° 7; Locré, p. 549.) En voici le motif: Comme c'est le débiteur qui tient les quittances, le créancier ne peut pas lui prouver qu'il a reconnu

Digitized by Google

la dette par le payement des intérêts. Pour éviter l'exception de prescription après trente ans, il peut demander titre nouvel.

Le titre nouvel n'est pas nécessaire pour empêcher la prescription, si le débiteur donne à son créancier une déclaration constatant le payement des arrérages, car le payement est une reconnaissance interruptive de la prescription (*suprà*, n° 1986). Justinien accordait au créancier le droit d'exiger une semblable déclaration ou contre-quittance (*antapocha*) chaque fois que le débiteur payait les intérêts. (L. 19, C., *De fide instrumentorum*, 4, 21.)

Il a été jugé que le créancier qui a été dans la possibilité de se procurer un titre nouvel n'est pas admissible à détruire la présomption légale résultant de la prescription, au moyen de la preuve par témoins ou par présomptions du service des arrérages depuis moins de trente ans avant la demande, à moins qu'il n'en existe un commencement de preuve par écrit. (Cass. fr., 27 janvier 1868 et 17 juin 1872, D., 1868, 1, 200, et 1872, 1, 464; Lyon, 9 juin 1871, D., 1871, 2, 192.) Cette décision est juste lorsque l'objet de la demande excède la valeur de 150 francs ; mais il n'existe aucun obstacle à la simple preuve testimoniale, si la valeur de l'objet ne dépasse pas 150 francs.

B. *De quelques prescriptions particulières* (art. 2270-2278).

2057. Dans la section qui porte cette rubrique, le code traite de toutes les prescriptions non mentionnées dans des titres spéciaux, qui s'accomplissent par un laps de temps moindre de dix ans.

1° Se prescrivent par *six mois*, d'après l'article 2271 :

a. L'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent *au mois*. Si les leçons sont payables par année ou par trimestre, la prescription ne s'accomplit que par cinq ans (arg. art. 2277).

b. L'action des hôteliers et traiteurs, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent. Il en est de même de l'action des cafetiers et marchands de vin pour les objets qui se consomment chez eux.

c. L'action des ouvriers et gens de travail, pour le payement de leurs journées, fournitures et salaires. Cette disposition comprend toute espèce de serviteurs qui se louent à un terme moin-

Digitized by Google

dre d'une année (arg. art. 2272, alin. 5); mais elle ne s'applique pas aux ouvriers entrepreneurs, parmi lesquels il faut également ranger les ouvriers qui travaillent à la tâche; car ces derniers ne sont pas payés par journées, mais en proportion des travaux achevés ou bien après la consommation entière de l'entreprise.

2058. 2° Se prescrivent par *un an,* conformément à l'article 2272 :

a. L'action des médecins, chirurgiens et apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicaments.

« A quel moment la prescription de cette action commence-t-elle à courir? Rigoureusement à partir de la date de l'exigibilité de la créance, donc à partir de chaque visite ou opération. Mais la jurisprudence n'admet pas cette solution. Elle a décidé, avec raison selon nous, que cette date est déterminée, s'il n'y a convention contraire, par l'usage, et qu'en cas de maladie chronique ou permanente il est d'usage que les honoraires des médecins et chirurgiens sont payables à l'expiration de chaque année (Gand, 19 juin 1879, P., 1879, 292 et la note), et que la prescription ne commence qu'à la fin de l'année pendant laquelle ils, ont été mérités. Il a été décidé même que, dans le même cas, la prescription annale ne commence à courir que du jour où les soins ont pris fin. » (Bruxelles, 5 février 1877, P., 1879, 293.)

b. Celle des huissiers, pour le salaire des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent.

c. Celle des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux *particuliers non marchands*. Il ne faut pas faire de distinction entre les marchands en gros et les marchands en détail. Mais la disposition est expressément bornée aux ventes faites par les marchands aux *particuliers non marchands;* les ventes faites *entre marchands* sont soumises aux règles du droit commercial.

d. L'action des maîtres de pension, pour le prix de la pension de leurs élèves, et des autres maîtres, pour le prix de leur apprentissage.

e. L'action des domestiques qui se louent à l'année, pour le payement de leur salaire. Cette règle ne s'applique pas aux commis, clercs ou précepteurs. (Gand, 27 déc. 1850, P., 1851, 34; Besançon, 17 nov. 1874, D., 1877, 2, 198.) Leur action ne se prescrit que par cinq ans.


Digitized by Google

2059. Les prescriptions mentionnées aux deux numéros qui précèdent commencent à courir, selon la diversité du cas, ou à partir de chaque service ou fourniture, ou bien à partir de l'échéance du terme auquel les services et fournitures étaient payables.

2060. 3° L'action des avoués, pour le payement de leurs frais et salaires, se prescrit par *deux ans,* à compter du jugement des procès, ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués. A l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent formuler de demandes pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de *cinq ans* (art. 2273). Cette règle ne s'applique pas aux salaires qui pourraient être dus à l'avoué, non en sa qualité d'avoué, mais comme mandataire ordinaire ou *negotiorum gestor*. (Colmar, 9 juin 1870, D., 1871, 2, 63.)

2061. Les prescriptions de six mois, d'un an, de deux ans et de cinq ans, mentionnées aux n° 2057-2060, ont été introduites par l'ordonnance de Louis XII de 1512, et confirmées, avec quelques modifications, par la coutume de Paris et l'ordonnance de 1673 sur le commerce. Ce genre de prescription fut établi sur les présomptions de payement qui résultent du besoin que les créanciers de cette classe ont d'être promptement payés, de l'habitude dans laquelle on est d'acquitter ces dettes sans un long retard, et même sans exiger de quittance, et enfin sur les exemples trop souvent répétés de débiteurs et surtout de leurs héritiers contraints, en pareil cas, à payer plusieurs fois : *Sunt introductæ* (dit Dumoulin en parlant de ces prescriptions, *Tract. De usuris,* quæst. 22) *in favorem debitorum qui sine instrumento et testibus, ut fit, solverunt et præcipue hæredum eorum*. (Exposé des motifs, n° 36, Locré, XVI, 580.)

2062. La prescription, dans les cas qui viennent d'être indiqués, a lieu quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, livraisons, services et travaux. Car la continuation de ces fournitures peut également avoir eu lieu, soit que le payement ait été fait, soit qu'il ne l'ait pas été. Elle ne cesse de courir que lorsqu'il y a un compte arrêté, cédule (c'est-à-dire acte sous seing privé), ou obligation (c'est-à-dire un acte devant notaire), ou citation en justice non périmée (art. 2274). Car la présomption de payement sur laquelle la courte prescription est fondée disparaît devant la

Digitized by Google

reconnaissance formelle du contraire, ou elle est interrompue par la citation en justice (*suprà*, n° 1981). Dans ces cas, il y a lieu à la prescription ordinaire de trente ans.

2063. La présomption de payement peut encore être détruite par le *serment*, que ceux auxquels ces courtes prescriptions seront opposées peuvent déférer à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Le serment peut être déféré aux veuves et aux héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due (art. 2275). Ces dispositions sont empruntées à l'ancienne jurisprudence. La présomption de payement n'admet pas d'autre preuve contraire. (Cass. fr., 10 avril 1878, D., 1878, 1, 253.)

2064. 4° Les juges et avoués sont déchargés des pièces, *cinq ans* après le jugement des procès. Les huissiers, après *deux ans*, depuis l'exécution de la commission ou la signification des actes dont ils étaient chargés, en sont pareillement déchargés (article 2276). « La prescription établie contre les avoués et les huissiers étant fondée sur la présomption de leur payement, cette présomption fait naître celle que les parties ont, après le jugement de leurs affaires, retiré leurs pièces. Il fallait donc aussi fixer un délai après lequel ni les huissiers, ni les avoués, ni les juges eux-mêmes ne pourraient être à cet égard inquiétés. Il y avait sur ce point une grande variété de jurisprudence ». (Exposé des motifs, n° 41, Locré, p. 584.)

2065. 5° Les arrérages de rentes perpétuelles et viagères, ceux des pensions alimentaires, les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux, les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts, se prescrivent par *cinq ans* (art. 2277).

2066. L'origine de cette prescription quinquennale se trouve dans l'ordonnance de Louis XII de 1510, qui soumettait à la prescription de cinq ans les arrérages des rentes constituées, alors d'un grand usage. Elle fut peu à peu étendue par la jurisprudence à quelques cas analogues; une loi du 20 août 1792 l'étendit aux arrérages des cens, redevances et rentes foncières ; le code l'a généralisée. Elle a un but d'utilité publique, celui de prévenir une accumulation d'arrérages, d'intérêts ou d'annuités qui de-

Digitized by Google

viendrait ruineuse pour le débiteur. Le créancier contre lequel cette prescription s'est accomplie est censé avoir fait remise des arrérages; c'est pourquoi il ne peut pas déférer au débiteur le serment sur la question de savoir si la dette est éteinte; ce dernier peut reconnaître qu'il n'a pas payé, sans être tenu de payer. (Exposé des motifs, n° 42, Locré, p. 586; Cass. fr., 4 mars et 5 août 1878, D., 1878, 1, 168, et 1879, 1, 71; Laurent, t. XXXII, n° 432.)

2067. Les termes *sommes prêtées* ne sont pas limitatifs, ainsi que le prouvent les mots qui suivent. L'article 2277 est applicable, peu importe qu'il s'agisse d'intérêts dus en vertu d'une convention, de la loi ou d'un jugement (Gand, 24 nov. 1871, P., 1872, 92); il s'applique donc aussi aux intérêts de la somme formant le reliquat d'un compte de tutelle rendu et apuré, aux intérêts de la dot ou des reprises dotales, aux intérêts d'un prix de vente, qu'ils soient dus par suite d'une convention spéciale ou en vertu d'une loi, et que la vente ait ou non pour objet une chose productive de fruits; aux intérêts dus par un associé à la société. (Cass. fr., 17 février 1869, D., 1869, 1, 143, et sur renvoi, Rennes, 23 juin 1870, D., 1871, 2, 112.)

Quelques jurisconsultes pensent que la prescription de cinq ans ne doit jamais courir lorsque l'objet de la vente est une chose productive de fruits (Bruxelles, 10 avril 1856, et 19 nov. 1859, P., 1856, 348; 1860, 153); suivant d'autres, elle ne doit courir, dans ce cas, que lorsque les intérêts ont été stipulés par convention.

Ces opinions sont contraires à la généralité des termes de l'article 2277, et le motif qui a dicté l'article 2277 n'existe pas moins dans ces cas que dans les autres. Celui qui prête une somme est privé des fruits civils de la même manière que le vendeur d'une chose productive de fruits est privé des fruits naturels. L'accumulation des intérêts peut ruiner l'acheteur, qui a consommé les fruits, comme tout autre débiteur. (Laurent, t. XXXII, n°s 449-451; Bruxelles, 31 déc. 1850, P., 1851, 198; Liége, 27 mars 1862, P., 1863, 172, B. J., t. 21, 385.) Cette disposition s'applique donc aussi aux loyers (Liége, 11 mars 1871, P., 1871, 376), ainsi qu'aux annuités dues en vertu d'une police d'assurance. (Bruxelles, 31 octobre 1855, P., 1856, 268.)

Digitized by Google

2068. Les intérêts moratoires auxquels quelqu'un est condamné par jugement se prescrivent aussi par cinq ans; mais les intérêts qui ont couru pendant l'instance ne se prescrivent pas dans ce délai.

2069. Mais la prescription établie par l'article 2277 ne s'applique pas aux intérêts de créances dont la quotité n'est pas encore déterminée; car, dans ce cas, le créancier ne peut pas réclamer les intérêts qui peuvent lui être dus, par une action spéciale et distincte de celle qui lui compète pour faire fixer le montant de la créance principale; par exemple, ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans les intérêts du reliquat d'un compte de tutelle qui n'*est pas encore apuré;* les intérêts des avances faites par un mandataire ou des sommes qu'il a reçues pour le compte du mandant et qu'il a employées à son usage tant que le compte de gestion n'a pas été arrêté; les intérêts de sommes dues par compte courant avant le règlement du compte. (Cass. fr., 19 déc. 1871, D., 1871, 1, 300.)

2070. Les cinq années se comptent en remontant du jour de la demande, et non pas du jour de la dernière échéance annuelle.

2071. La prescription quinquennale peut être interrompue comme toute autre. Elle est suspendue en faveur de celui qui ne peut agir avant l'arrivée d'un certain événement (*Contra agere non valentem non currit præscriptio*, *suprà,* 1999 et suiv.). (Nancy, 12 août 1874, D., 1877, 1, 352, sous cass., 12 juin 1876.)

2072. Les prescriptions dont il a été traité aux nos 2057-2071 courent contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs (art. 2278).

Cette règle est conforme à l'ancienne jurisprudence (*suprà,* no 1962). Elle est fondée sur ce que la seule qualité du créancier n'affaiblit pas la présomption de payement. De plus, il a été dit dans les motifs que si un mineur exerce un des états pour lesquels l'action est limitée à un bref délai, il n'est pas moins qu'un majeur présumé avoir l'intelligence et l'activité pour se faire payer. Quant à la prescription quinquennale des prestations annuelles, les raisons d'utilité publique tirées de la position du débiteur ont paru plus fortes que l'intérêt des mineurs et interdits. (Exposé des motifs, no 43, Locré, p. 586.)

2073. Nous devons encore faire mention de la garantie des

Digitized by Google

architectes, dont le code parle dans ce titre. « Après dix ans, dit l'article 2270, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. » Le sens de cet article a été expliqué *suprà*, aux nos 1231-1233.

SECTION II.

DE LA PRESCRIPTION DES EXCEPTIONS.

2074. De même que l'action, l'*exception* est, dans certaines circonstances, un moyen de faire valoir son droit. L'exception suppose une action de la partie adverse; elle suppose une attaque contre laquelle on se défend. Aux termes de la loi, la prescription ne s'applique qu'aux *actions* et non aux *exceptions*, lesquelles sont en général imprescriptibles, c'est-à-dire durent aussi longtemps que les actions qu'elles ont pour objet de repousser. Cette règle est exprimée par l'adage des commentateurs : *Quæ sunt temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, ou *Tant dure l'action, tant dure l'exception*. Cette règle est fondée en raison; car il est juste que les moyens de défense durent autant que la possibilité de l'attaque; elle est appuyée sur différents textes du droit romain, notamment sur les fr. 5, § 6, D., *De doli mali exceptione*, 44, 2; fr. 8, § 13, D., *De inofficioso testamento*, 5, 2, et presque tous les jurisconsultes l'admettent en principe. (Cass. fr., 7 janvier 1868, D., 1868, 1, 123; Toullier, t. VII, nos 599-602; Merlin, *Répertoire*, vo *Prescription*, sect. II, § 25; Troplong, nos 827-836; Zachariæ, § 771, etc. En sens *contraire*, Laurent, t. XXXII, no 372.)

Le code n'a pas formellement proclamé le principe de l'imprescriptibilité des exceptions ; mais il en fait une application très importante à l'action en désaveu. Si le mari est mort avant d'avoir intenté l'action en désaveu, mais étant encore dans le délai utile pour l'intenter, ses héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, et, dans le cas où les héritiers eux-mêmes seraient en possession de la succession, *dans les deux mois à compter de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession*. Ainsi les héri-

Digitized by Google

tiers du mari peuvent toujours faire valoir par *exception* le droit de désavouer, quand même l'action en désaveu serait prescrite (art. 317, et t. Ier, nos 537 et 539).

2075. Il ne faut pas confondre la véritable *exception*, qui est un moyen de *défense* contre une poursuite, avec la *reconvention*, qui n'est pas une exception, mais qui est elle-même une attaque ou poursuite exercée sous *forme* d'exception dans une instance déjà pendante. La prescription des *reconventions* est régie par les principes généraux sur la prescription des actions. Par exemple, je demande à un marchand la restitution d'une somme de 1,000 francs que je lui ai prêtée ; il ne peut pas, pour échapper à la prescription, m'opposer une créance du chef de fournitures qu'il m'aurait faites il y a plus d'un an (*suprà*, n° 2058, *c*) ; ce serait exercer une véritable reconvention.

2076. Pour que l'exception soit imprescriptible, il faut :

1° Que ce soit une véritable *défense* opposée à une action, et attaquant le droit du demandeur par sa base, ou, comme disent les auteurs, une exception viscérale, inséparable de la demande. Cette règle doit être observée dans tous les cas où celui qui est encore *en possession* de la chose qui a fait l'objet du contrat, a le choix ou de *demander* la nullité de la convention par une *action*, ou d'attendre l'attaque et de la *repousser* par une *exception*, alors même que la durée de l'action en nullité serait moindre que la durée de l'action en exécution qui compète au créancier. Par exemple, un mineur a contracté une obligation qu'il serait autorisé à faire rescinder en vertu de l'article 1304 dans les dix ans à partir de sa majorité. Il ne le fait pas. Vingt ans après la majorité, le créancier demande l'exécution de cette obligation. Le mineur peut opposer l'*exception* de nullité, bien que l'*action* soit prescrite (voy. t. III, n° 291). Quelqu'un a vendu un immeuble pour un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur. Le contrat n'est pas encore exécuté. Plus de deux années après, l'acheteur demande la délivrance. Le vendeur peut lui opposer l'exception de lésion. Un autre cas, celui de l'exercice du désaveu par voie d'exception, a été cité au n° 2074.

2077. 2° Il ne faut pas que sous forme d'exception on déguise une véritable *action* en nullité ou en rescision, éteinte par la prescription. Cette action ne dure que dix ans. C'est ce qui a lieu

Digitized by Google

lorsque le moyen de nullité est proposé comme une *réplique* contre l'exception tirée d'une convention que le défendeur oppose comme fin de non-recevoir. Par exemple l'héritier qui, pendant sa minorité, a aliéné ses droits successifs intente une action en pétition d'hérédité ou en partage plus de dix ans après sa majorité ; l'acquéreur lui oppose l'acte de cession ; l'héritier ne peut plus en opposer la nullité. Car ce serait comme s'il eût commencé par *demander* la nullité de la cession et intenté ensuite l'action en pétition d'héredité ou en partage. Il ne peut obtenir par cette voie détournée ce qu'il n'aurait pas pu obtenir directement.

J'intente la revendication d'un immeuble que j'ai vendu à quelqu'un il y a plus de dix ans. L'acquéreur m'oppose, comme fin de non-recevoir, la vente. Je réplique qu'elle a été le résultat d'un dol ou extorquée par violence. Ma réplique n'a plus d'effet. Elle est prescrite, comme l'aurait été l'action en nullité, si je l'avais intentée.

CHAPITRE V.

DE LA RÈGLE : *EN FAIT DE MEUBLES, LA POSSESSION VAUT TITRE.*

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

2078. La règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre,* ne se rattache qu'indirectement à la prescription ; elle concerne plutôt les moyens de protection que la loi accorde à la propriété mobilière. Elle est étrangère au droit romain ; c'est dans les plus anciens monuments de la législation germanique qu'il faut en chercher l'origine. Rappelons sommairement les principes romains pour bien faire ressortir la différence entre ces deux législations.

2079. En droit romain, celui qui avait possédé pendant trois ans de bonne foi en vertu d'un juste titre un chose mobilière, en avait acquis la propriété par usucapion ; donc c'était le délai seul qui distinguait cette usucapion de celle des immeubles : La possession et la propriété des meubles étaient protégées de la même

Digitized by Google

manière que la possession et la propriété des immeubles. Celui qui était troublé dans la possession d'une chose mobilière pouvait intenter une action possessoire (l'*interdictum utrubi*); et le propriétaire qui en avait perdu la possession pouvait *revendiquer* sa chose par l'action pétitoire contre tout détenteur.

2080. Le droit coutumier n'accorde pas d'action *possessoire* à celui qui est troublé dans la possession d'un meuble. « *Pour simples meubles,* dit Loisel, n° 754, *on ne peut intenter complainte; mais en iceux, échet aveu et contre-aveu,* » c'est-à dire action pétitoire. C'est encore le système de notre législation actuelle.

Les moyens *pétitoires* par lesquels le droit coutumier protégeait la propriété mobilière étaient également moins étendus qu'en droit romain. Voici en résumé sur cette matière le principe fondamental du droit germanique, droit que nous trouvons déjà nettement établi dans les *Leges Barbarorum,* notamment dans la loi *Salique,* chap. 39 et 44, et dans la loi *Ripuaire,* chap. 33; principe qui est reproduit dans de nombreuses sources du moyen âge, confirmé par le texte de plusieurs coutumes, et qui est exprimé dans le code par l'adage : *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Le propriétaire d'une chose mobilière n'a pas un droit absolu de revendication contre tout détenteur de sa chose; ce n'est que dans le cas où il en a perdu la possession *contre sa volonté,* par exemple par suite d'un vol ou d'une violence, qu'il peut la revendiquer contre tout détenteur. Mais si le propriétaire n'a *pas perdu* la possession *contre son gré,* s'il s'en est dessaisi lui-même *volontairement,* et que par suite de ce dessaisissement volontaire sa chose arrive entre les mains d'un tiers, le propriétaire ne peut pas la revendiquer; alors la seule possession produit en faveur de ce tiers les mêmes effets qu'un titre de propriété émané du véritable propriétaire; elle est équivalente à un titre qu'il peut opposer au propriétaire revendiquant. Ainsi, par exemple, lorsque j'ai confié ma chose à titre de prêt, de dépôt ou de louage à quelqu'un, qui, abusant de ma confiance, la vend à un tiers, je ne puis pas la revendiquer contre ce dernier, je n'ai qu'une action *personnelle* contre celui à qui je l'ai remise. L'acquéreur, quoique ayant acheté la chose d'autrui, est considéré comme s'il en eût légitimement acquis la propriété. Le droit coutumier alle-

Digitized by Google

mand exprime cette règle par l'adage : *Hand muss Hand wahren*, c'est-à-dire la main qui confie une chose doit regarder à quelle main elle la confie : celui dont la foi a été trompée ne doit s'en prendre qu'à lui-même d'avoir mal placé sa confiance ; il ne peut pas s'en prendre au tiers, qui, voyant la chose dans la possession de son auteur, a pu le croire légitime propriétaire.

Nous avons déjà mentionné une autre application de la même idée fondamentale : « Meubles n'ont point de suite par hypothèque quand ils sont hors de la possession du débiteur » (*suprà*, n° 1652). D'après le droit coutumier, aucun droit réel ne suivait les meubles entre les mains du tiers détenteur, ni le droit de propriété, ni l'hypothèque.

2081. On peut se demander pourquoi les Romains admettaient l'action possessoire et la revendication en matière de meubles, et pourquoi le droit germanique ne les admettait-il pas ? Sans doute, les raisons de droit strict qui militent pour ces moyens de protection existaient chez les Germains comme à Rome, et d'un autre côté les motifs d'utilité que l'on peut invoquer pour les repousser et pour préférer la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre*, existaient à Rome comme chez les Germains. Les auteurs qui ont écrit sur le droit germanique ont essayé de diverses manières d'expliquer cette différence de législations, sans y réussir complètement. Nous nous bornerons ici à la constater, en disant avec le jurisconsulte Julien au fr. 20, D., *De legibus*, 1, 3 : « *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* »

2082. En présence du principe d'après lequel la *seule possession* vaut titre de propriété, on comprend difficilement l'utilité de l'usucapion des choses mobilières. Cependant cette matière était réglée par plusieurs coutumes, dont quelques-unes suivaient le droit romain. Il serait inutile d'entrer dans les détails des dispositions coutumières et des doctrines des auteurs. Constatons avec Troplong, n° 1041, « qu'il est assez difficile de dire quel était sous l'ancien droit français le système dominant en matière de prescription de meubles, et que la variété des usages et des opinions était infinie ». Ce qu'il nous importe, c'est de rechercher la filiation directe de la règle de l'article 2279 du code, afin d'en bien déterminer la portée.

Digitized by Google

2083. Pothier, *Coutume d'Orléans*, titre XIV, *Des prescriptions*, nº 4, s'exprime ainsi au sujet de la règle qui nous occupe : « Notre coutume ne s'est pas expliquée sur la prescription à l'effet d'acquérir les choses mobilières : il n'est pas bien décidé si la prescription de trois ans, avec titre et bonne foi, qui avait lieu par le droit civil, a lieu dans notre droit français. Imbert et Bugnion, anciens praticiens, pensent qu'elle n'y est pas admise : d'autres auteurs prétendent qu'elle y est admise. *Il est rare qu'il y ait lieu à la question, le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé le propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription,* à moins que celui qui le réclame et s'en prétend propriétaire ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol qui lui en aurait été fait ; auquel cas il ne pourrait pas y avoir lieu à cette prescription de trois ans, qui, aux termes du droit, n'a pas lieu pour les choses furtives. »

La règle énoncée d'une manière générale par Pothier est formulée plus explicitement encore par un de ses contemporains, Bourjon, dans son *Droit commun de la France,* t. Ier, p. 458, 459, 1094 : « La prescription n'est d'aucune considération ; elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles », dit-il, « puisque par rapport à ces biens la *simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait*... Suivant la jurisprudence du Châtelet, la *possession d'un meuble, ne fût-elle que d'un jour, vaut titre de propriété*, sauf le cas où la chose est furtive, etc. »

On le voit, le législateur moderne a textuellement copié la formule de Bourjon. L'article 60 du titre *de la Prescription,* dans le projet de code civil élaboré par la commission du 24 thermidor an VIII, porte : *En fait de meubles, la possession vaut titre.* Elle a passé dans le code sans aucune discussion. Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, nº 44, atteste de nouveau l'antiquité de cette règle, en l'étayant de quelques motifs d'utilité. Voici comment il s'exprime : « Dans le droit français, on a même regardé le seul fait de la possession comme un titre : on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'identité et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre, et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs

Digitized by Google

ont dû faire *maintenirla règle générale suivant laquelle*, en fait de meubles, la possession vaut titre. » (Locré, XVI, 586.)

II. LÉGISLATION DU CODE (art. 2279-2280).

2084. Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur le sens de la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre*. Suivant Toullier, elle veut dire que celui qui possède un meuble n'est pas tenu, pour pouvoir le prescrire, de réunir au laps de temps le *juste titre*, mais qu'il suffit de la bonne foi ; qu'après un laps de trois ans, tout possesseur de bonne foi est à l'abri de la revendication, parce qu'il a accompli l'usupation du meuble.

Marcadé partage, au fond, la même idée; pour lui, la raison juridique du droit du possesseur est aussi dans la *prescription*. Il exige que le possesseur ait acquis la possession en vertu d'une cause légale d'acquisition de propriété et qu'il soit de bonne foi; mais si ces conditions se trouvent réunies, la presciption a lieu, suivant lui, *sans délai, elle est instantanée*, elle est accomplie au moment même où la possession est prise.

2085. Ces opinions nous paraissent contraires aux sources de notre règle, au texte de la loi et à son but, clairement indiqué dans l'Exposé des motifs. Nulle part le code ne traite de la prescription des meubles, parce que la prescription est un mode d'acquisition et que la possession seule, étant un titre suffisant, dispense de tout autre.

Voici quel est, croyons-nous, le véritable sèns de la règle dont il s'agit: La seule possession d'un meuble constitue un titre d'acquisition légitime. Le possesseur, poursuivi en revendication, peut repousser le demandeur en lui opposant simplement le fait de sa possession. S'il s'agit d'un *immeuble*, la présomption de propriété résultant de la possession doit céder devant la preuve fournie par le demandeur qu'il a acquis la chose par un titre légitime. En présence d'une semblable preuve, le défendeur doit restituer le fonds, à moins qu'il ne puisse s'appuyer sur l'usucapion. Mais en matière de meubles, même la *preuve fournie* par le demandeur que la chose était sa propriété ne renverse en rien la force du titre que le possesseur tient de la seule possession ; ce dernier n'a rien à prouver. Quand même le possesseur serait de

Digitized by Google

mauvaise foi à l'égard d'*un tiers*, quand même il aurait volé à un tiers, autre que le demandeur ou son représentant, la chose revendiquée par celui-ci, il pourrait invoquer sa possession comme un titre par lequel il repousserait le revendiquant. (Laurent, t. XXXII, nos 542-543.)

On voit qu'il y a une grande différence entre l'opinion que nous défendons appuyé de Troplong, n° 1043, et celle de Toullier et de Marcadé. S'il était vrai que le possesseur dérivât son droit d'une prescription, soit instantanée, soit accomplie après un certain temps, il devrait, après que le revendiquant aurait établi son droit de propriété, prouver à son tour qu'il réunit les conditions requises pour prescrire et que la prescription est accomplie.

2806. Mais, il faut bien le remarquer, ce n'est qu'à l'action *réelle*, à la véritable *revendication* que la possession peut être opposée comme un titre de propriété; elle ne peut pas être invoquée par celui qui possède un meuble en vertu d'une convention passée avec celui qui le réclame et en vertu de laquelle il est *obligé* de le restituer, par exemple, par le locataire, le dépositaire, l'emprunteur. Le demandeur agit, dans ces cas, en vertu d'un droit *personnel*; son action ne se prescrit que par trente ans. Le détenteur ne peut pas invoquer sa possession comme titre de propriété, parce qu'il détient à un tout autre titre. On ne peut pas présumer le titre de propriété contre un autre titre *prouvé*. La présomption n'a pas lieu non plus en faveur de celui qui possède la chose en vertu d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit commis contre le propriétaire.

2087. La règle : En fait de meubles, la possession vaut titre, ne s'applique qu'aux meubles dont la propriété se transmet ordinairement par simple tradition et qui sont susceptibles d'une détention matérielle, c'est-à-dire aux meubles *corporels*. Ainsi elle ne comprend pas l'universalité juridique (*universitas juris*) de meubles, telle qu'une succession, et l'héritier peut en demander la restitution pendant trente ans par la pétition d'hérédité lorsque l'héritier apparent a vendu *toute* la succession à un tiers. Elle ne s'applique pas non plus aux meubles incorporels, par exemple à une créance, à moins qu'elle ne soit au porteur. Car une créance ne se transmet pas par la remise du titre qui la constate, mais par un acte de cession.

Digitized by Google

En **France**, une loi spéciale du 15 juin 1872, suivie du décret du 10 avril 1873 portant règlement d'administration publique pour l'exécution des articles 11 et 13 de cette loi, prescrit la manière dont le propriétaire de titres au porteur, qui en est dépossédé par quelque événement que ce soit, peut se faire restituer contre cette perte, ainsi que les conditions sous lesquelles cette restitution peut avoir lieu.

2088. La règle qui exclut la revendication contre le possesseur souffre deux exceptions : 1° en cas de *perte* et 2° en cas de *vol* de la chose. Elles sont conformes à l'ancien droit. « Celui qui a *perdu* ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient », dit l'alinéa 2 de l'article 2279. Il faut aussi considérer comme *perdues* les choses entraînées par les eaux.

Pour que la revendication soit recevable, il faut que le *demandeur prouve* la perte ou le vol de la chose.

La revendication se prescrit par trois ans *à compter*, non de l'entrée en possession, mais *du jour de la perte ou du vol*, dit la loi. Bien que ce délai de trois ans corresponde au laps de temps requis en droit romain pour l'usucapion des meubles, le point initial de ce délai prouve à l'évidence qu'il ne s'agit plus aujourd'hui d'une usucapion ou prescription acquisitive dans le sens de l'opinion que nous avons réfutée *suprà*, au n° 2085. Car si telle eût été l'idée des auteurs du code, la prescription n'aurait dû commencer qu'au moment où le tiers serait entré en possession, et non au moment de la perte ou du vol.

2089. Si le droit du propriétaire revendiquant est reconnu, la chose perdue ou volée doit lui être rendue, sans qu'il soit tenu d'en restituer le prix au possesseur, sauf à ce dernier à exercer son recours contre celui duquel il la tient. Toutefois, si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté (art. 2280). L'intérêt du commerce exige cette restriction du droit de revendication, également admise dans l'ancien

Digitized by Google

droit. (Exposé des motifs, n° 45, Locré, XVI, 587.) Dans ce cas, le propriétaire a son recours contre le voleur ou contre celui qui a trouvé la chose et l'a vendue de mauvaise foi.

2090. En **France**, les règles exposées aux n°s 2084-2087 ont été modifiées par la loi du 12 mai 1871 en ce qui concerne les propriétés publiques ou privées saisies ou soustraites à Paris depuis le 18 mars 1871. Les articles 1er et 2 de cette loi ont seuls de l'importance pour le droit civil. Ils sont ainsi conçus :

Art. 1er. « Sont déclarés inaliénables jusqu'à leur retour aux mains du propriétaire tous biens meubles et immeubles de l'Etat. du département de la Seine, de la ville de Paris et des communes suburbaines, des établissements publics, des églises, des fabriques, des sociétés civiles, commerciales ou savantes, des corporations, des communautés, des particuliers, qui auraient été soustraits, saisis, mis sous séquestre ou détenus d'une manière quelconque, depuis le 18 mars 1871, au nom ou par les ordres d'un prétendu Comité central, Comité de salut public, d'une soi-disant Commune de Paris, ou de tout autre pouvoir insurrectionnel, par leurs agents, par toute personne s'autorisant de ses ordres ou par tout individu ayant agi, même sans ordres, à la faveur de la sédition. »

Art. 2. « Les aliénations frappées de nullité par l'article 1er ne pourront, pour les immeubles, servir de base à la prescription de dix ou vingt ans, et, pour les meubles, donner lieu à l'application des articles 2279 et 2280 du code civil.

« Les biens aliénés en violation de la présente loi pourront être revendiqués, sans aucune condition d'indemnité et contre tous détenteurs, pendant trente ans, à partir de la cessation officiellement constatée de l'insurrection de Paris. »

2091. Les règles exposées aux n°s 2088 et 2089 sont modifiées par la loi **belge** du 30 avril 1848 sur la réorganisation des monts-de-piété, en ce qui concerne les choses engagées dans ces établissements.

Celui qui a perdu ou auquel il a été volé un objet engagé au mont-de-piété ne peut le revendiquer que pendant *six mois* à dater du jour où le directeur de l'établissement, dûment *averti avant l'engagement* soit par le propriétaire, soit par la police, aura en même

temps obtenu une désignation suffisante de l'objet soustrait ou égaré. Dans ce cas, cet objet sera restitué *gratuitement* à son propriétaire.

Les propriétaires des gages perdus ou volés qui ne se trouveront plus dans le délai de six mois, ou qui n'auront pas fourni, *avant* l'engagement, la désignation suffisante de ces gages, seront tenus, s'ils veulent en obtenir la restitution, de rembourser, conformément à l'article 2280 du code civil, la somme prêtée ainsi que les intérêts échus (art. 21, 22).

2092. D'après ce que nous avons dit *suprà*, au n° 2080, la revendication n'était anciennement admise contre le tiers détenteur que lorsque le propriétaire avait perdu la possession de la chose *contre son gré*, mais non lorsqu'il s'en était dessaisi *volontairement*. Le code est resté fidèle à ce principe fondamental en ne permettant la revendication qu'en cas de vol ou de perte de la chose. Dans ces deux hypothèses, la dépossession est involontaire. Il ne faut donc pas étendre les exceptions aux cas d'un abus de confiance ou d'une violation de dépôt, ou même d'une escroquerie, bien que ce soient des délits prévus par le code pénal (art. 406-408 C. pénal. 1810; 491, 496 C. pénal. belge). Il y a controverse en ce qui concerne l'*escroquerie*. Mais nous ne pouvons pas ranger ce dernier cas parmi les exceptions; car celui qui est victime d'une escroquerie n'en a pas moins *volontairement* abandonné la possession de la chose. (Laurent t. XXXII, n°s 594, 595; Zachariæ, § 186, note 12; Marcadé, sur l'art. 2279, n° 5; Bordeaux 26 mai 1873, D, 1876, 2, 123, et la note.) L'opinion contraire est soutenue par Troplong, n° 1059.

2093. Suivant plusieurs auteurs, la règle En fait de meubles, la possession vaut titre n'est applicable qu'en faveur du possesseur de *bonne foi*, et elle ne peut être invoquée contre le propriétaire par celui qui a acheté sa chose de mauvaise foi. Cette décision est sans doute juste et formellement proclamée par l'article 1141 (t. III, n° 56). Le propriétaire peut toujours réclamer sa chose contre celui qui l'a acquise de mauvaise foi. Mais nous n'y voyons pas une exception au principe de l'article 2279. Car le propriétaire qui réclame, dans ce cas, sa chose n'agit pas, à proprement parler, par une action *revendicatoire*, mais par une action *personnelle* fondée sur le dol, c'est-à-dire sur un quasi-

Digitized by Google

délit de l'acquéreur. En achetant sciemment la chose d'autrui, ce dernier a participé au fait illicite commis par celui à qui le propriétaire avait confié sa chose ; il encourt donc la même responsabilité que ce dernier. (T. III, n[os] 23 et 478.) C'est pour ce motif que cette action ne se prescrit pas par trois ans comme la revendication, mais seulement pas le laps ordinaire de trente années.

FIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES

MATIÈRES CONTENUES DANS LES QUATRE VOLUMES.

Les chiffres romains se réfèrent aux volumes et les chiffres arabes aux pages.

A

Digitized by Google

Digitized by Google

B

Digitized by Google

C

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

D

Digitized by Google

Digitized by Google

E

Digitized by Google

Digitized by Google

F

Digitized by Google

G

H

Digitized by Google

I

Digitized by Google

Digitized by Google

J

L

Digitized by Google

M

Digitized by Google

N

Digitized by Google

Digitized by Google

P

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Q

R

Digitized by Google

Digitized by Google

S

Digitized by Google

Digitized by Google

T

Digitized by Google

U

Digitized by Google

V

Digitized by Google

TABLE CHRONOLOGIQUE

DES

LOIS, ORDONNANCES, DÉCRETS, ARRÊTÉS,

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

ET AUTRES DÉCISIONS CITÉS DANS CET OUVRAGE.

(Le chiffre romain renvoie au volume, le chiffre arabe au numéro.)

ANCIENNES LOIS, ORDONNANES, ETC., FRANÇAISES

antérieures à 1789.

Digitized by Google

LOIS, DÉCRETS, ARRÊTÉS, AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT, ETC

publiés depuis 1789,

et pendant la réunion de la France et de la Belgique,

jusqu'au 1er janvier 1814.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LOIS, ORDONNANCES, ARRÊTÉS, AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

publiés en France

depuis le 1er janvier 1814 jusqu'en 1880.

Digitized by Google

Digitized by Google

LOIS, ARRÊTÉS ET AUTRES DÉCISIONS

publiés en Belgique pendant la réunion au royaume des Pays-Bas

et après cette époque, 1814—1880.

1814

Arrêté du 16 février, I, 306.
Arrêté des commissaires des puissances alliées du 25 février, I, 31.
Arrêté du gouvernement général du 3 mars, I, 31.
Arrêté du 6 septembre, I, 319.
Arrêté du gouverneur général du Bas-Rhin du 14 octobre, I, 31.
Arrêté du 21 octobre, I, 134.
Arrêté du 30 octobre, I, 319.
Arrêté du 4 novembre, IV, 1209.

1815

Arrêté du 19 janvier, I, 215.
Arrêté du 7 mars, I, 134.
Règlement de discipline militaire du 15 mars, art. 8 et 22, I, 306.
Loi fondamentale du 24 août, art. 8, I, 89, 100; II, 2243.

1816

Loi du 11 février, art. 24, IV, 1590.
Loi du 12 juin, I, 741, 747; II, 1459, 1487, 1499, 1499 *ter*, 1500.

1817

Arrêté royal du 5 février, I, 579.
Loi sur la milice, art. 197, I, 305.
Loi du 27 décembre, art. 3, IV, 1670, 1734, 1783 *ter*.

1818

Arrêté du 29 janvier, I, 176.
Arrêté du 1er mars, IV, 1222.
Arrêté du 21 août, IV, 1222.

1822

Loi du 2 août, I, 31.
Arrêté royal du 12 septembre, II, 1499.

1823

Arrêté du 8 juin, I, 136, 188.
Loi du 20 décembre, I, 203.

1824

Loi du 3 janvier, IV, 1615.
Lois du 10 janvier sur l'emphytéose, I, 899, 1214-1215, et la superficie, 1222, 1228; IV, 1118, 1660.
Arrêté du 26 mai, I, 319.

1826

Arrêté du 4 mai, I, 172; II, 2032.

1827

Loi du 23 avril, I, 294.

1828

Arrêté du 31 juillet, I. 176.
Loi du 8 décembre, I, 51.
Loi du 22 décembre, IV, 1845.

1829

Arrêté du 24 novembre, IV, 1222.

1830

Arrêté du gouvernement provisoire du 5 octobre, I, 32.
Arrêté du gouvernement provisoire du 10 octobre, I, 101.
Arrêté du gouvernement provisoire du 27 novembre, I, 32.
Décret du Congrès national du 27 novembre, I, 32.

1831

Arrêté du 17 janvier, art. 6, III, 202.
Constitution du 7 février, art. 4, I, 84; art. 5, I, 88; art. 11, I, 911; art 13, I, 65, 129; art. 15, I, 309; art. 107, I, 9; art. 109, I, 134; art. 133, I, 89, 101.
Décret du 11 février, I, 129.
Loi du 28 février, I, 294.
Loi électorale du 3 mars, I, 191.
Loi du 19 septembre, I, 32.

1832

Loi du 5 juin, art. 24, III, 170.
Loi du 4 août, art. 25, I, 43.

1833

Loi du 5 octobre, I, 1228.

1835

Loi du 17 avril sur l'expropriation, I, 911; IV, 1621.
Loi du 22 septembre, I, 103.
Loi du 27 septembre, I, 68, 91, 106; art. 14, I, 102, 104.

1836

Loi communale du 30 mars, II, 1868; art. 7, I, 192; art. 93, I, 136.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE NUMÉRIQUE

DES

ARTICLES DES CODES, AVEC L'INDICATION POUR CHAQUE ARTICLE,

DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Le chiffre romain renvoie au volume, le chiffre arabe au numéro.)

CODE CIVIL.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

1023. II, 2091-2091.
1024. II, 1581, 2082.
1025. II, 2113-2116.
1026. II, 2122-2125.
1027. II, 2123.
1028. II, 2117.
1029. II, 2119.
1030. II, 2118.
1031. II, 2126-2127, 2031-2033.
1032. II, 2031.
1033. II 2034, 2035.
1034. II, 2115.
1035. II, 2138.
1036. II, 2143-2146.
1037. II, 2139-2141.
1038. II, 2147-2053.
1039. II, 2163.
1040. II, 2164, 2165.
1041. II, 2164.
1042. II, 2167-2168.
1043. II, 2169.
1044. II, 2178-2185.
1045. II, 2178-2185.
1046. II, 2158-2160.
1047. II, 2161.
1048. II, 2189, 2192, 2193.
1049. II 2190, 2192, 2193.
1050. II, 2190.
1051. II, 2190, 2206.
1052. II, 2195.
1053. II, 2234-2236, 2237, 2238, 2239.
1054. II, 2228.
1055. II, 2199.
1056. II, 2200.
1057. II, 2201, 2204, 2207, 2237.
1058. II, 2209.
1059. II, 2210.
1060. II, 2211.
1061 II, 2211.
1062. II, 2212, 2214.
1063. II, 2212.
1064. II, 2213.
1065. II, 2215.
1066. II, 2216.
1067. II, 2216.
1068. II, 2217.
1069 II, 2218-2220.
1070. II, 2222, 2223.
1071. II, 2221.
1072. II, 2224.
1073. II, 2214.
1074. II, 2203.
1075. II, 2249, 2250.
1076. II, 2249, 2252.
1077. II, 2253-2055.
1078. II, 2250, 2260, 2263.
1079. II, 2264-2270.
1080. II, 2270.
1081. II, 2277-2278.
1082. II, 2280-2285. 2308, 2309.
1083. II, 2286-2290.
1084. II, 2292-2297.
1085. II, 1586, 1587, 1600-1606, 2292-2297.
1086. II, 2298-2301.
1087. II, 2273.
1088. II, 2274.
1089. II, 2302.
1090. II, 2303.
1091. II, 2306.
1092. II, 2307.
1093. II. 2308.
1094. II, 2223-2225, 2326-2337.
1095. II, 2310.
1096. II, 2315-2322.
1097. II, 2315-2322.
1098. II, 2340-2347.
1099. II, 2348-2356.
1100. II, 2347.
1101. III, 5.
1102. III, 8.
1103. III, 8.
1104. III. 8.
1105. III, 8.
1106. III, 8.
1107. III, 8.
1108. III, 9. I, 274.
1109. III, 14.
1110. III, 15-18
1111. III, 21, I, 279.
1112. III, 20.
1113. III, 20.
1114. III, 20.
1115. III, 29.
1116. III, 22-26.
1117. III, 27-29.
1118. III, 30.
1119. III, 47, 48.
1120 III, 48.
1121. III, 49, 50.
1122. III, 44-46.
1123. III, 31, 492.
1124. III, 31, 492. I, 590.
1125. III, 31, 269. I, 810.
1126. III, 32.
1127. III, 32.
1128. III, 32.
1129. III, 32.
1130. III, 32, 34.
1131. III, 35-39.
1132. III, 37.
1133. III, 35, 36.
1134. III, 42, 43, 51, 52.
1135. III, 43, 52.
1136. III, 53-55.
1137. III, 53-55, 63-65.
1138. III, 56, 71.
1139. III, 69, 70.
1140. III, 56.
1141. III, 56, 57.
1142. III, 58-59.
1143 III, 58, 59.
1144. III, 58, 59.
1145. III, 58, 59, 69.
1146. III, 69, 74.
1147. III, 61, 74.
1148. III, 61, 66.
1149. III, 74.
1150. III, 76.
1151. III, 76.
1152. III, 78.
1153. III, 70, 71, 79.
1154. III, 80.
1155 III, 80.
1156. III, 40.
1157. III. 40.
1158. III, 40.
1159. III, 40.
1160. III, 40.
1161 III, 40.
1162. III, 40.
1163. III, 40.
1164. III, 40.
1165. III, 47.
1166 III, 81-85.
1167. III, 86-95.
1168. III, 96, 97.
1169. III, 97.
1170. III, 97.
1171. III, 97.
1172. III, 97, 98.
1173. III, 98.
1174. III, 99. II, 1841.
1175. III, 100.
1176. III, 100.
1177. III, 97, 100.
1178. III, 100.
1179. III, 102, 104.
1180. III, 101.
1181. III, 96, 97.
1182. III, 103, 104.
1183. III, 97, 105, 106.
1184. III, 105-106.
1185. III, 107.
1186. III, 108.
1187. III, 108.
1188. III, 109.
1189. III, 110-111.
1190. III, 112.
1191. III, 112.
1192. III, 113.
1193. III, 114.
1194. III, 114.
1195. III, 114.
1196. III, 114.
1197. III, 116, 118, 119, 120.
1198. III, 119.
1199. III, 119.
1200. III, 116, 121.
1201. III, 121, 127.
1202. III, 121.
1203. III, 122.
1204. III, 122.
1205. III, 123.
1206. III, 124.
1207. III, 125.
1208. III, 127.
1209. III, 126.
1210. III, 129.
1211. III, 128, 129.
1212. III, 128, 129.
1213. III, 131-133.
1214. III, 131-132, 133.
1215. III, 132.
1216. III, 134.
1217. III, 139.
1218. III, 140, 141, 148.
1219. III, 142.
1220. III, 137, 138. 145. II, 1576-1578; 1586, 1587, 1600-1606, 1627-1628.
1221. III, 145, 146-148, 149.
1222. III, 144.
1223. III, 144.
1224. III, 143.
1225. III, 144.
1226. III, 150.
1227. III, 150.
1228. III, 152
1229. III, 150, 152, 153.
1230. III, 151.
1231. III, 154.
1232. III, 144, 155.
1233. III, 145, 155.
1234. III, 160.
1235. III, 158 159. 161.
1236. III, 164.
1237. III, 164.
1238. III, 165.
1239. III, 166-167.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LOI BELGE DU 16 DÉCEMBRE 1851 SUR LE RÉGIME HYPOTHÉCAIRE.

Digitized by Google

Dispositions transitoires.

Articles additionnels.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

Digitized by Google

CODE DE COMMERCE.

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE.

CODE PÉNAL FRANÇAIS.

Digitized by Google

CODE PÉNAL BELGE DE 1867.

Digitized by Google

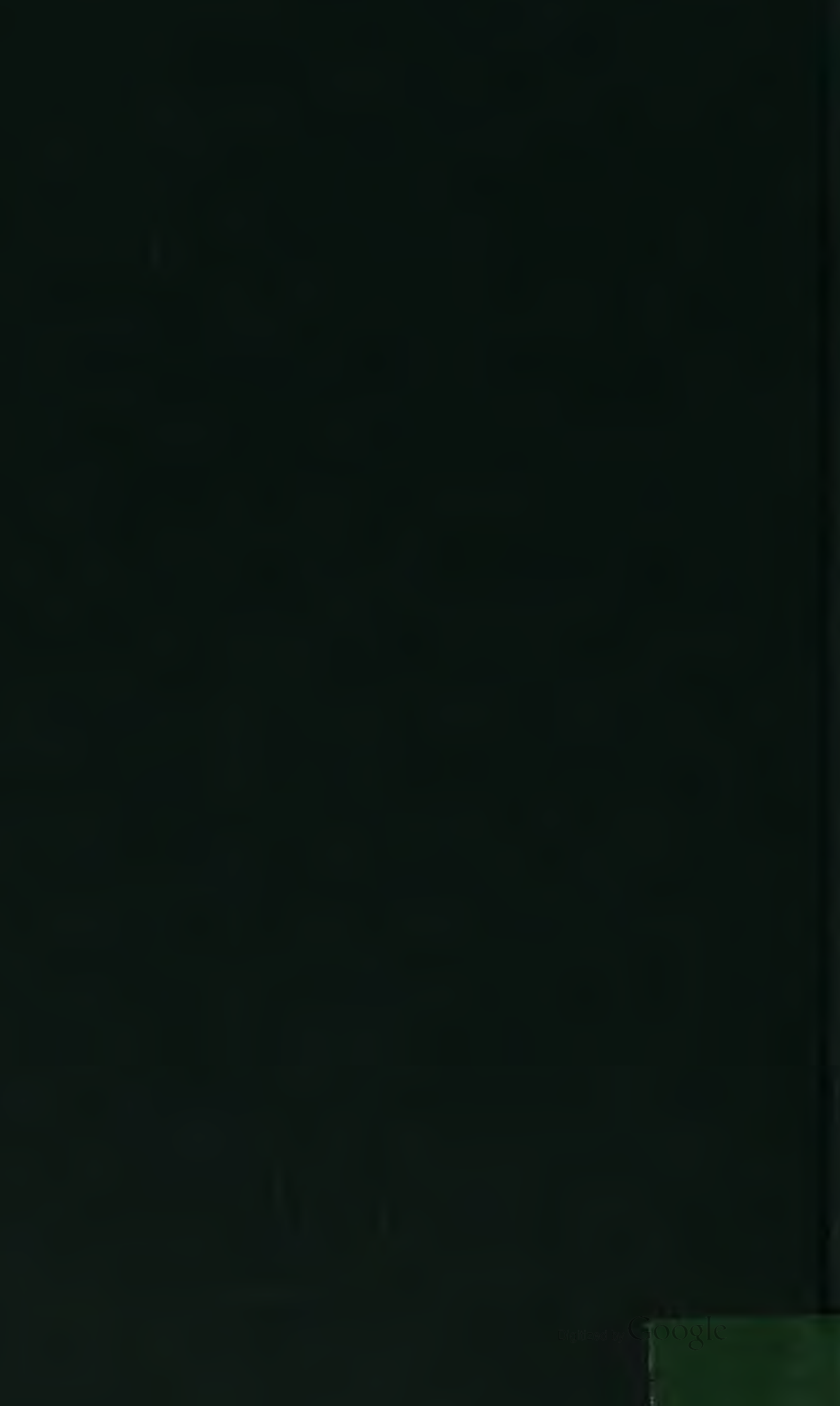
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google